

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

Volumen I

Editores:

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

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

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

Volumen I

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

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

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA



Jim Amigo

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR LUIS ARROYO ZAPATERO

UN DERECHO PENAL HUMANISTA

Volumen I

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

Primera edición: diciembre 2021

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición

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

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

NIPO papel: 090-21-192-5

NIPO PDF: 090-21-191-X

NIPO ePUB: 090-21-190-4

ISBN: 978-84-340-2777-0

Depósito Legal: M-29151-2021

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

SUMARIO

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

Parte general

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

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

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

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

Penas y consecuencias accesorias

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

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

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

Parte especial

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

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

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

Derecho procesal

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

LA VIDA Y OBRA DE LUIS ARROYO A TRAVÉS DE SUS PASIONES

En el primer día de clase Luis Arroyo suele arengar a los alumnos utilizando un viejo refrán castellano: «a quien no tiene afán, se le lleva la niebla». Desde luego, nuestro querido maestro no ha sido persona cuyos días hayan quedado ocultos tras la espesa niebla. A través de sus pasiones resulta fácil reconstruir su vida académica.

I

La Universidad ha sido sin duda la más importante de todas ellas y a la que ha dedicado sus años más productivos. Esta pasión le venía sin duda desde niño, cuando observaba a su abuelo vestirse con el negro y pesado traje de rector de la Universidad de Valladolid. Pero además de tradición, su dedicación ha sido fruto de su pasión por la libertad e igualdad, valores que siempre ligó a la institución académica. Aunque los primeros años setenta del pasado siglo no eran el mejor momento para dar rienda suelta a ambas pasiones, Luis lo hizo. Fue un militante activo del PCE, partido que protagonizaba la lucha contra la dictadura, y en ese papel «paraguas levantado en mano» se puso al frente de una de las manifestaciones estudiantiles de la época. El resultado de todo ello fue, además de la expulsión de la Universidad, el ser acusado ante el terrible Tribunal de Orden Público de lo que hoy señalaríamos como terrorismo de baja intensidad y pasar unos inolvidables días en la cárcel de Valladolid, donde según nos ha narrado, sino nació sí se reforzó su pasión por el derecho penal, al ayudar a uno de sus compañeros de celda –manual de Rodríguez Devesa en mano– a salir de prisión.

Y es que en esos momentos Marino Barbero ya se había cruzado en su camino. Infinidad de veces Luis nos ha narrado la fascinación que sintió

por ese profesor que aprovechaba cualquier oportunidad para hablarles de la «España que pasó y no ha sido»: la de Giner de los Rios, la Institución Libre de Enseñanza, el krausismo y la tenebrosa noche de San Bartolomé... No hace falta conocer mucho a Luis para darse cuenta como aquí brotó otra de sus pasiones, la historia. Quienes hayan oído sus magistrales conferencias se habrán percatado que no hay tema o cuestión que no merezca una larga exposición de antecedentes históricos.

Terminada la licenciatura, pese al contratiempo de la expulsión y el no menor que tener que examinarse de la última asignatura la misma noche de bodas, Luis es merecedor del premio al mejor expediente académico y obtiene la Beca del DAAD. Con Carmen y su hijo pasa dos cursos en Colonia, en el Instituto que por entonces dirigía el Prof. Hirsch. Y allí comienza la elaboración de su tesis, cuya elección responde nuevamente a su pasión por la igualdad: *La tutela de la seguridad de los trabajadores*. Durante muchos años constituyó la obra de referencia para quien quisiera adentrarse en alguno de los terrenos más complejos del derecho penal como es la dogmática de los delitos imprudentes cometidos por omisión. Fue además la primera gran monografía sobre derecho penal de la empresa que apareció en nuestro país. En los años de las luchas sindicales de la transición y con un incipiente derecho de huelga, que aún era mirado por jueces y policías como una actividad subversiva, la protección penal del ejercicio del derecho del huelga y del resto de los derechos de los trabajadores desembocó en otra obra pionera, su *Manual de Derecho penal del trabajo*.

II

A comienzo de los años 80, y tras una oposición a la vieja usanza llena de anécdotas, Luis ganó la plaza de profesor titular, que acabó desempeñando en la Universidad Complutense de Madrid. No era momento para cejar en la pasión por la libertad y la igualdad y lo hizo como asesor del grupo parlamentario comunista en las primeras legislaturas. Vistos con perspectiva los últimos setenta y los ochenta fueron la época dorada de la reforma penal. La Parte general se actualizó en 1983, a lo que contribuyó enormemente la propuesta alternativa de Parte General del grupo parlamentario comunista elaborada por Santiago Mir y Muñoz Conde. Las reformas penales derogaban los vestigios más insostenibles del derecho penal de la dictadura e incorporaban otras figuras delictivas imprescindibles en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como los delitos contra la Hacienda Pública o el medio ambiente.

Pero además de su actividad en la política criminal en activo, su pasión por los valores constitucionales se plasmó en una serie de artículos que se encuentran en los cimientos de la construcción del Derecho penal constitucional. Su *Prohibición del aborto y Constitución*, fue fundamental para enmarcar dentro de la Carta Magna, una discusión acalorada y, sobre todo improductiva, que por momentos amenazaba incluso en tornarse violenta. En el desarrollo y la comprensión del principio de legalidad es también imprescindible su trabajo sobre la *Reserva de ley penal*. Y como obra de conjunto, el *Programa penal de la Constitución*, que constituyó el relato con el que toda la escuela fundamentábamos y explicábamos el derecho penal. Durante años, esta pasión por lo que representaba y representa la Constitución le llevó, mano a mano con Rosario de Vicente, a publicar una sección de jurisprudencia constitucional en los Cuadernos de política criminal, que apareció constantemente hasta la llegada de las bases de datos.

Tomando como punto de partida el Derecho penal del trabajo, no era difícil aventurar que el Derecho penal económico iba a resultar una parada obligada en su trayectoria académica, sobre todo tras conocer al Prof. Klaus Tiedemann en la primera de las visitas que realizó a nuestro país. La amistad con Klaus e Inge pronto se convirtió también en pasión fruto de la admiración y se tradujo en seña de identidad de la escuela. Sus discípulos, al menos los de la primera hornada, acabamos todos instalados en el camaranchón del n.º 17 A de la Erbprinzenstraße, haciendo tesis sobre delitos económicos. Su monografía sobre *Delitos contra la hacienda pública en materia de fraude de subvenciones* o sus trabajos sobre el insider trading, trata de personas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras muchas publicaciones, son frutos que pueden imputarse tanto a su pasión por Klaus Tiedemann, como al interés por desarrollar una rama del derecho penal que, como tantas veces le hemos oído explicar, tiene que ver con la aseguración del Estado Social y con la consecución de un ius puniendi legítimo, que no pueda ser tildado como derecho penal de clase.

III

En 1988, Luis Arroyo, se convierte en el rector más joven de nuestro país. Antes ya había sido decano fundador de la Facultad de Derecho de Albacete, donde fue capaz de impulsar la construcción de un edificio y una biblioteca envidiables. Para los que iniciamos allí nuestros estudios de doctorado a principios de los noventa fueron «aquellos maravillosos años», en los que casi literalmente vivíamos entre el área

de derecho penal y el Máster de Criminología, que echaba a andar en esos días bajo el impulso de Luis y que, por su fuerte orientación a las Ciencias del comportamiento, resultaba único por aquel entonces.

Su trabajo como rector no es fácil de glosar. Lo que fueron antiguos conventos, fabricas abandonadas o eriales a las afueras de las ciudades se convirtieron en bibliotecas, facultades o aularios, pero seguramente lo más complejo de todo fue conseguir un «efecto llamada», que pronto atrajo a jóvenes profesores de universidades mucho más asentadas y que en pocos años formaron equipos de investigadores y docentes muy sólidos. Naturalmente la creación de la UCLM fue una obra colectiva, pero el liderazgo, el entusiasmo y, en definitiva, la pasión que hubo en todo este proceso fue obra suya.

La Universidad no apartó a Luis del trabajo académico e investigador, durante sus años de rector continuó dirigiendo proyectos de investigación, publicando y dictando innumerables conferencias. Pero en este momento, y quizás con el fin de aliviar tensiones, se agudizaron más sus pasiones por la historia y la literatura. Estamos a la espera de que se publique un libro que recoja las decenas de presentaciones de libros, prólogos, pregones –de carnavales, semana santa y fiestas de todo tipo, incluida por supuesto la toledana del Corpus Christie–, así como sus discursos rectorales. En todos ellos además de mucho sentido del humor, encontramos siempre referencias a acontecimientos históricos o a pasajes literarios. Destaco solo, los *Delitos y penas en el Quijote*, donde nos expone las ideas que Cervantes sobre la justicia penal, al hilo de la liberación de los Galeotes, y *La vida en la cabeza de un estudiante*, donde nos narra la biografía de Hernán Cortés tras su paso por la Universidad de Salamanca.

Seguramente es la caza, actividad que se incrementó durante sus años rector, la única pasión que Luis no ha sido capaz de inculcar a ninguno de sus discípulos, aunque no ha cejado en el intento. Siempre estuvo encantado de que cualquier investigador que pasara por el Instituto de Derecho penal pudiera compartir con él una jornada de montería. No obstante, como toda actividad en Luis, acaba traducándose en lecturas y después en artículos, sí que hemos disfrutado leyendo por ejemplo su discurso de ingreso en la Academia de Caza.

IV

Dejada la muceta de rector, aunque solo a medias porque Luis sigue siendo rector honorario y gusta lucir en cualquier ocasión el pesado traje de terciopelo negro, comienza a dar rienda suelta a otras pasiones,

que giran en torno a la formación del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la UCLM y la vuelta a la docencia y la investigación. Aunque sin renunciar nunca, eso sí, a cualquier otro reto que se le pusiera a tiro, como la dirección del Patronato de las Tablas de Damiel, en unos años en que quizás debido a su intervención pasamos de una atroz sequía, que amenazaba con liquidarlas, a unas fuertes lluvias, que hicieron que el Guadiana volviera a correr con fuerza bajo el molino de Molemocho. En realidad, no sabemos muy bien que hizo a Luis más ilusión, si el reto de devolver el agua y por tanto la dignidad al «pato colorao», el habitante más singular de las Tablas, o ser el presidente mundial la *Société Internationale de Défense Sociale*, la organización fundada por Marc Ancel con el fin de dar una respuesta humanista, a la impactante subida de la delincuencia, especialmente juvenil, que se produjo tras la IIGM.

Los años del nuevo siglo han sido años de pasiones varias y entrelazadas. La relativa a la lucha contra la pena de muerte y cualquier tipo de crueldad venía seguramente genéticamente condicionada por la intensa actividad que su maestro, Barbero Santos, había realizado en este punto. Glosar los artículos, libros editados, conferencias impartidas, congresos, exposiciones organizadas sería interminable, pero tengo la impresión de que de todo este trabajo lo que más ha contentado a Luís es la posibilidad de compartir proyectos con Sergio García Ramírez, Roger Hood, William Shabas o Mirelle Delmas Marty. De la mano de esta última tuvo – en realidad tuvimos todos – la fortuna de iniciarse en el camino de la internacionalización, y por ende europeización del derecho penal. Lo que ha dado lugar a numerosos trabajos de Luís siguiendo la metodología *delmásmartisiana* de *actores procesos y caminos de la armonización*. De la mano del primero, de Sergio, pero también de otros amigos mejicanos como el editor Miguel Ángel Porrúa, Luis desarrolló una tremenda pasión por Méjico, que como todas sus pasiones se miden por los metros de estanterías que los libros sobre el país del Águila y el Nopal ocupan en su biblioteca y por los artículos y libritos que le ha dedicado. Como muestra citaré solo su discurso con motivo del doctorado *honoris causa* que recibió del INACIPE, *De los delitos y las penas entre España y Méjico*. En sus *lectio* de doctorado *honoris causa* por la Universidad de Morón y la Universidad Federal del Estado de Rio, dio cuenta también de su devoción por el resto de latinoamérica.

En realidad, la intensa relación con Méjico crece de un suelo más profundo y antiguo que nos devuelve nuevamente a D. Marino y su devoción por «la España que pasó y no ha sido». Me refiero ahora a los

desterrados de la Guerra, los hijos de Giner y la ILE. No son pocos de nuevo los artículos y conferencias que Luis ha dedicado a «*Los juristas de la Junta de Ampliación de Estudios*», pero también en general a toda la vieja generación de penalistas de postguerra europeos Vasalli, Jescheck, Marc Ancel... Quien quiera acercarse a esta amalgama de escritos puede hacerlo en su reciente compilación *Política Criminal Humanista para la Sociedad Contemporánea*.

V

Década a década, pasión a pasión hemos ido desgranando la vida y obra de nuestro amigo y compañero. Seguramente una de las grandes cosas que nos ha traído a todos nosotros la vida ha sido poder compartir tanto camino juntos, aprendiendo compromisos, actitudes, planteamientos y otros muchas cosas todavía más importantes que el derecho penal, como solo ocurre con los verdaderos maestros.

Los editores, junio de 2020.

LAUDATIO DEL MAESTRO LUIS ARROYO ZAPATERO

PEDRO R. DAVID

*Decano de Ciencias Jurídicas de la Universidad Argentina J. F. Kennedy
Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social*

Se me ha invitado a participar en un libro de homenaje al maestro Profesor Dr. Luis Arroyo Zapatero. Pero un artículo reseñando sus brillantes realizaciones más trascendentes, como la creación de la magnífica universidad de Castilla La Mancha con sus sedes de Toledo y de Ciudad Real, nos dirá solo una parte de su historia.

Lo mismo sucede con su trascendental Presidencia de la Sociedad internacional de Defensa Social a la que activo para hacer campañas únicas, como su efectivísima campaña contra la pena de muerte.

Todo ello es parte de su capacidad extraordinaria de creación.

Pero aun por encima de su historia de creaciones educativas, esta su sentido de amistad y solidaridad con todos aquellos, que, como yo, han recurrido a su capacidad de poner a la amistad en sus notas más altas.

En Platón, estudiado por el maestro Legaz; la amistad viene en cierto modo a identificarse con el eros. Desde luego cuenta con graves dificultades para relacionarla con la amistad.

En el anterior, ni los semejantes ni los referentes ni los buenos que se le parecen son el amigo absoluto ni para Platón la amistad se define por el amor como una reciprocidad de amor.

También en Aristóteles encontraremos referida a la amistad y al amor, dice el maestro Legaz.

La amistad perfecta es la que es santificada con un amor amoroso.

Ahora el número de los amigos no puede ser muy elevado. Es a lo sumo el que corresponde a aquellos de intimidad, pues esta intimidad es la mejor que caracteriza la amistad.

Pero lo característico de Aristóteles es haber ensanchado el marco de la amistad.

Santo Tomas expresa tajantemente el pensamiento aristotélico.

Recordemos, sin embargo, que pensaba que era igual la paz consigo mismo. Y pensaba que nadie sería egregio sino vivía en perspectiva guerra interior.

En el potente análisis fenomenológico a que Aristóteles sometió la filia, esta parece como el hecho social de la sociabilidad.

La filia cubre la sociabilidad en todas las formas posibles, Filia cubre pues la relación entre vinculación social y sociabilidad.

Si todos los hombres fueran amigos, la justicia no sería necesaria. Pero de la amistad no se puede prescindir aun cuando todos los hombres fueran justos.

Puede decirse así que donde hay amistad y justicia se produce comunidad y donde hay comunidad se requiere amistad y justicia.

Por otra parte la justicia aumenta con la igualdad.

Dice Emil Brunner que el amor como caridad ha sido una invención cristiana.

Efectivamente los griegos hablaron de Eros pero no de ágape, que es el concepto cristiano del amor y la amistad interhumanas.

En mi experiencia fueron tres acciones en que su amistad inspiró acciones de gran beneficio en mi favor: 1.– Su carta de apoyo a mi candidatura por la Ciudad de Buenos Aires a recibir la nominación de personalidad destacada de las Ciencias Jurídicas, por iniciativa de la diputada Cristina García de Ugarteche. (17-11-2016)

El maestro Rodríguez Zapatero dirigió una correctísima carta a la legisladora con generosos conceptos sobre mi obra y trayectoria que fue leída en el acto y avaló totalmente la distinción.

Lo mismo sucedió con el Doctorado Honoris Causa en Derecho otorgado por mi *alma mater*, la Universidad Nacional de Tucumán, donde una carta del maestro determinó una conclusión favorable del Consejo Académico de la Universidad presidido por la Rectora Dra. Alicia Bardon y finalmente el otorgamiento de la medalla Cesare Beccaria.

Capítulo aparte merece su presidencia de la Sociedad de Defensa Social y el tono renovador de los *Calieres de Defensa Social*.

Cahiers de Defensa Social

En el año 2005 Luis asume la Presidencia del Consejo de Dirección de los *Calieres de Defensa Social* teniendo a la ilustre jurista Simone Rozes como presidenta de honor.

En esa ocasión el maestro Arroyo Zapatero hizo entrega de la medalla Cesare Beccaria al maestro Gustiano Vassallis. E hizo posible la vigencia de la sociedad, dando a los grandes juristas de Europa y del mundo la posibilidad de expresar sus estudios y sus convicciones.

Hubiera deseado extenderme más en este breve homenaje al gran amigo y maestro, pero la brevedad del plazo para realizarlo me impide extenderme a otros aspectos de su eminente vida universitaria.

LUIS ARROYO ZAPATERO, HISPANOMEXICANO

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ¹
Universidad Nacional Autónoma de México

A Luis Arroyo Zapatero, destinatario de este homenaje que le dedican sus amigos y colegas –o algunos de éstos, porque sería imposible reunir a todos– yo le identificaría como ciudadano «hispanoamericano». O más precisamente, si quiero atraerlo –como en efecto quiero– al solar donde tuve el privilegio de conocerlo, «hispanomexicano». Le confiero esta doble ciudadanía sin consultárselo, pero habiéndole visto desenvolverse en España y en América, y particularmente en México, con seguridad y señorío, que solo ejercen quienes se hallan sobre su propia tierra y bajo su propio firmamento. Estos son los títulos que invocan mi amistad, indudablemente «subjética», y mi observación, que precio de «objetiva», cuando hablo de Luis Arroyo Zapatero.

Conocí al profesor doctor Arroyo Zapatero en México, como visitante al lado de otro notable de nuestro tiempo, su maestro muy recordado: Marino Barbero Santos. Este ilustre catedrático, que recorrió mi país proclamando un Derecho penal humanista y combatiendo costumbres de una época bárbara –como la pena de muerte–, fue muy apreciado en México. Puedo decir que Luis ha heredado –y enriquecido– ese aprecio desde que emprendió por su cuenta la misma geografía. Ha recorrido un itinerario en el que muchos, pero muchos, hemos disfrutado de su palabra, su enseñanza y su absoluta simpatía. De ahí mi atrevimiento en llamarle hispanomexicano y hospedarle en mi patria como si se tratara de la suya.

¹ Doctor en Derecho, *magna cum laude*, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor emérito de la UNAM. Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y antiguo profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Fue procurador general de la República, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presidente fundador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

La relación entre mexicanos y españoles ha pasado por todo género de avatares. No los ignoro, ni como lector de una historia colmada de vicisitudes a ambos lados del Océano, ni como testigo de una sucesión de tiempos que desembocan en la versión vigente de esa relación especial entre personas de dos pueblos que acaban por identificarse, sentirse, reconocerse como de uno solo, patria común y querida. Hoy prevalece este sentimiento y se ejerce esta doble pertenencia por hombres y mujeres de bien que han llegado, finalmente, al siglo XXI, donde «la sangre encuentra su reposo», como dice el verso náhuatl inscrito en un muro majestuoso de nuestro Museo Nacional de Antropología.

No siempre fue así. No hemos olvidado el curso entero de los acontecimientos. Dijo Miguel León Portilla, el admirado humanista que aún se encuentra en nuestro pensamiento, como lo están otros de esa eminencia, que en 1992 recordamos un «encuentro entre dos mundos». Con esta expresión conciliadora se remontó el aniversario de los hechos que sucedieron quinientos años antes, a partir del arribo de unas carabelas y de unos hombres barbados que llegaron del oriente. En uso de una expresión vernácula –que no desconoce la conquista y la colonia, y mucho menos la invasión del mundo americano–, se diría que ese encuentro entre dos mundos, tan diversos, tan dispares y enfrentados, sería desde el primer momento un «encontronazo». Y así, por varios siglos.

Pero ese no ha sido el único encuentro, ni el último, ni el más fecundo para nuestra versión moderna del espacio hispanoamericano, ni siquiera para quienes perseveran –con razones y motivos bien arraigados– en la devoción indoamericana, que acompaña. A la mitad del siglo XX el mundo había cambiado a ambos lados del Atlántico. En esta etapa de la historia, con infinitas turbulencias, se rehízo el primer viaje de la Europa a la América. La segunda migración colectiva trajo a los descendientes de aquellos navegantes a lo que ya era México, profundamente, intensamente, en los años treinta del siglo XX. Muchos llegaron, como escribió Pedro Garfías en el «Diario de la primera expedición de republicanos españoles a México», a bordo del «Sinaia», con «España presente en el recuerdo» y con «México presente en la esperanza». La puerta se franqueó, fraterna, para los hombres –y multitud de mujeres, niños, ancianos– que embarcaron a la República Mexicana. En Veracruz descendieron los niños españoles bajo la mirada, entre curiosa y extrañada, de los niños mexicanos.

Digo todo esto en mi contribución al libro que ahora nos reúne, juntos y convencidos, porque lo ha dicho y vivido, a su manera, Luis

Arroyo Zapatero. Y también lo han dicho y vivido millares de españoles de origen que se asentaron en México, y otros tantos que sin asentarse aquí físicamente han acudido a establecer, como es el caso de Arroyo Zapatero, la nueva relación entre los protagonistas de una travesía común e inagotable. De esto hemos dado cuenta los actores y testigos contemporáneos; así, el propio don Luis y yo mismo, asiduos concurrentes a las reflexiones sobre el reencuentro entre españoles y mexicanos y sus estupendas consecuencias. Tengo en el recuerdo, muy fresca, la imagen de las jornadas que dedicamos en la hospitalaria Universidad de Castilla La Mancha –de la que Luis es rector fundador, nada menos– a evocar la presencia de los españoles de la «nueva ola» en México, particularmente en el territorio de nuestra influencia preferente: el estudio y la enseñanza del Derecho.

Este asunto ha sido mi tema, como el de numerosos colegas, testigos o beneficiarios, a lo largo de varias décadas. Desembarcaron en México legiones de expatriados: «transterrados» les llamó, con una nueva calidad migratoria, uno de los más ilustres: José Gaos, exrector de la Universidad Central de Madrid, que vivió y murió en México, sirviendo su cátedra y amando al país que lo acogiera. En esas legiones figuraron los intelectuales que se internaron en nuestras universidades y en otros planteles de educación superior, además de intervenir en la fundación de instituciones de gran prestigio: a la cabeza, la Casa de España, que se transformaría, airosa, en El Colegio de México.

En su nuevo escenario, esos españoles ejercieron la investigación y la docencia. Lo hicieron con afán infatigable, talento descollante, generosidad insólita. De su docencia, asociada a la tarea fecunda de infinidad de maestros mexicanos, provendrían varias generaciones de cultivadores de las artes y las ciencias. La nómina de los migrantes creativos –los «refugiados», se les llamó entre nosotros– es muy extensa. La ha expuesto y difundido Luis Arroyo Zapatero, en lo que respecta a los maestros del Derecho.

Entre aquéllos, hubo buen número de penalistas, criminólogos, procesalistas penales. A todos los conoce Arroyo Zapatero –aunque no los haya tratado directamente: motivos de edad y geografía–, quien además de conocerlos ha dado noticia de su magisterio al público de México y de España. En lo que a mí respecta, destaco mi cercanía personal, a título de alumno –mejor diré: discípulo– de uno de ellos: Niceto Alcalá-Zamora, y también mencionaré a otros profesores que escuché en las aulas o de cuya ciencia y experiencia supe a través de sus libros, escritos y difundidos en México: Constancio Bernaldo de Quirós –el de

mayor edad, que llegó aquí desde Santo Domingo, después de haber dictado, en un prodigioso esfuerzo de memoria, su estupenda *Criminología*-, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Ruíz Funes, Rafael de Pina, Fernando Arilla Bás, Mariano Jiménez Huerta. En una placa justiciera, puesta en la Facultad de Derecho, y en un libro de recapitulación pormenorizada, impulsado por Fernando Serrano Migallón, constan los nombres de la legión de juristas transterrados que llegaron a la erguida Universidad Nacional Autónoma de México, puesta en la proa de sus navegaciones.

Esta militancia bajo las banderas de la mejor relación hispanomexicana, sería suficiente para apreciar la obra moral del profesor Arroyo Zapatero, que justifica mi presencia mexicana entre quienes le hacen homenaje. Pero hay más, que destaco: don Luis se ha convertido en explorador de la historia moderna de mi país y de su desarrollo constitucional, ámbito en el que tiene una maestría y despliega una docencia comparables a las de mis compatriotas que descifran con desvelo el siglo xx mexicano. Habla con autoridad notable sobre la Revolución Mexicana, cuna del nuevo orden, y en torno a sus personajes. En su discurso aparecen los diputados constituyentes que hicieron la Carta de Querétaro en 1916-1917, así como Venustiano Carranza, promotor y suscriptor del proyecto constitucional estudiado, modificado y proclamado en aquella ciudad recatada –puesta en pie de guerra– en el centro de México.

Hemos escuchado a don Luis Arroyo Zapatero discurrir con soltura –y amenidad, debo agregar– en torno a otros personajes de nuestra vida pública, que construyeron la normativa mexicana, la doctrina, la jurisprudencia. Y por supuesto, se ha despachado con entusiasmo en el recuerdo de los protagonistas y la narración de los acontecimientos que aparecieron en los años treinta y cuarenta, cuando México asumió en foros internacionales y en ásperas relaciones binacionales la impug nación del nazismo, el fascismo y sus anexas. Le es familiar, como a infinidad de españoles y mexicanos, la figura y la obra de Lázaro Cárdenas, presidente de enorme presencia. También se ha ocupado de los diplomáticos que asumieron la defensa de la libertad oprimida: Luis I. Rodríguez, Isidro Fabela, Narciso Bassols, solo por ejemplo. Y en la travesía de Arroyo Zapatero por esta etapa de la vida mexicana ha coincidido con muchos compatriotas en la exaltación de un caballero notable, que salvó millares de vidas de españoles, comprometidas por la ocupación nazi en Francia: don Gilberto Bosques, a quien solo muy recientemente hemos tributado el reconocimiento que sobradamente merece.

Claro está que a las consideraciones generales que he descrito –y a la obra jurídica penal de Arroyo Zapatero, que no he descrito, porque seguramente la ponderarán mejor que yo otros participantes en la obra de homenaje– se añaden en favor del ilustre hispanomexicano y en provecho mío, las innumerables muestras de amistad con que me ha favorecido. Sería imposible mencionarlas todas, a partir de nuestro primer encuentro personal en México, que ocurrió, si la memoria no me falla, en la librería de Miguel Ángel Porrúa, durante la presentación de un libro a cargo de Arroyo Zapatero, acompañado de profesores españoles a los que conducía como sabe hacerlo: con amable y eficiente autoridad. En ese mismo recinto editorial, casa de un amigo dilecto, nos hemos visto a lo largo de muchos años.

He sido testigo del trabajo infatigable de Luis al frente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, en la que me «enroló» a título de vicepresidente. Poco he trabajado en este desempeño, porque Arroyo Zapatero se basta para hacer todo lo que hay que hacer y sostener en pie la famosa *Société*. Lo ha hecho en el mundo entero (o al menos en la porción que nos es más conocida), inclusive en la visita que hicieron al Romano Pontífice los dirigentes de las más importantes agrupaciones internacionales de penalistas y criminólogos. Añado: por el impulso de don Luis y el de su colega Javier Díaz Revorio he sido profesor en los cursos de Derecho constitucional en la Universidad de Castilla La Mancha. De la misma mano he conocido los vericuetos de Toledo, numerosos, indescifrables, asombrosos, guiado por el profesor José Carlos Vizuete Mendoza, amigo de don Luis y erudito de Toledo.

Juntos hemos asistido a innumerables congresos y participado en toda suerte de conferencias, en las que el profesor doctor Luis Arroyo Zapatero ha desplegado su sabiduría y su atrayente simpatía, que mantiene atento a su auditorio. Hace algunos años se le otorgó el doctorado *honoris causa* de una noble institución mexicana, el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) con hoja de servicios eminentes durante cuatro décadas, sobre la que han soplado vientos adversos, como suele ocurrir. En 2020, don Luis ingresó a título de correspondiente español, con beneplácito general, en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, cuya primera sesión formal, en 1940, se destinó a la recepción de otro español que he mencionado: Mariano Ruiz Funes.

Hablé del doctorado *honoris causa* que el Instituto Nacional de Ciencias Penales concedió a Luis Arroyo Zapatero, asiduo ocupante de la tribuna y colaborador en las publicaciones de ese organismo. Arroyo ha reconocido al Instituto la más alta calidad en el mundo hispanopar-

lante –y en otros–, y le ha favorecido con una constante y celosa participación académica. A su turno, el INACIPE ha incorporado al maestro español en el rango de sus doctores *honoris causa*, no en correspondencia a los servicios prestados por don Luis, sino en justicia por sus altos vuelos en el estudio y el progreso de las ciencias penales. El INACIPE me honró pidiéndome formular el elogio, la *laudatio*, de Arroyo Zapatero en la ceremonia en que se le ungió como doctor. En ella, don Luis pronunció un discurso memorable sobre el impacto de la ciencia penal española en la mexicana, y yo mismo me referí a los merecimientos, ampliamente sabidos, que sustentaban el doctorado.

Con anuencia de los editores de esta obra homenaje, quiero terminar mi modesta contribución con aquella *laudatio* institutense. En ella resumo, muy apretadamente, la vida y la obra de nuestro querido amigo. Lo hago valiéndome de la figura del caleidoscopio, aparato que permite al observador, si lo gira entre sus manos mirando hacia el fondo a través de una mirilla, observar cómo las piezas coloridas que se hallan en esa leve profundidad adquieren formas diferentes, sin que la diversidad de los resultados altere la identidad invariable de las piezas alojadas en el caleidoscopio. Así sucede con la vida humana –no con todas–: muchas expresiones de una sola identidad. En este caso, la identidad de don Luis. Abro la puerta, en seguida, a la *laudatio* que hice el 12 de agosto de 2016 en el auditorio principal del Instituto Nacional de Ciencias Penales, que lleva el nombre de otro personaje insigne, Alfonso Quiroz Cuarón².

Qué grato encontrarnos –o mejor, reencontrarnos, en un acompañamiento que no ha cesado– con don Luis Arroyo Zapatero; y hacerlo precisamente por convocatoria y con la hospitalidad de una casa común de la cultura: el Instituto Nacional de Ciencias Penales, y con motivo de un acto de justicia flagrante: el reconocimiento de los méritos tan abundantes de don Luis a través del otorgamiento de la máxima distinción que este organismo concede: el doctorado *honoris causa*, que recae en quien ya era docto en pleno ejercicio y con méritos sobrados.

He hablado en plural. Ahora añado en singular: y qué grato para mí que se me haya distinguido –un acto de generosidad, no menos flagrante que el de justicia– para compartir algunas reflexiones sobre Arroyo Zapatero. Es evidente que no necesita mis modestas palabras para presentar su obra estupenda y justificar el reconocimiento que se agrega a

² En los siguientes párrafos transcribo literalmente, con escasas y mínimas modificaciones, la *laudatio* que he mencionado. Coincide, por supuesto, con la intención de esta obra colectiva y el sentimiento del autor de este artículo.

los que ha recibido. Haría falta mucho más que mi voz para decir, con autoridad suficiente, todo lo que se debe del flamante doctor *honoris causa*. Pero cumplo la encomienda que se me hizo. Para hacerlo me valdré de su benevolencia –la del Instituto, la de ustedes y la del propio Arroyo–, que requiero y agradezco desde este momento.

¿Qué itinerario seguir para esta *laudatio*? Utilizaré uno que me ha parecido practicable. Diré que las expresiones de la existencia, si fecunda, se acomodan de varias maneras, como las piezas del caleidoscopio. Son siempre los mismos elementos, coloridos y brillantes, pero ofrecen diversas figuraciones que muestran, a un tiempo, unidad y diversidad infinita. Me atrae este juego de figuras, esta sucesión de planos, este ensayo de vertientes y dimensiones. Apliquémoslo en el examen de una vida, sus andanzas y avatares, sus variadas incursiones, que unidas en el origen y en el destino dan la figura de la persona y definen el perfil del personaje: estampa, rumbo y destino. En este caso, los de don Luis Arroyo Zapatero.

No hay riesgo de inmovilidad y monotonía cuando persona y personaje resuelven, sea por instinto, sea por decisión reflexiva, emprender travesías, congregar vocaciones, territorios, y al cabo reunir todas las aventuras en una sola: la aventura de la existencia. La veremos en el fondo del caleidoscopio, girando, única y diversa, como Montaigne decía.

Nuestro amigo se ha desplegado en diversos vuelos, que le han colmado de experiencias y enseñanzas, para su bien y el nuestro. Veamos esos vuelos, sin ánimo de poner fronteras entre ellos; solo con propósito de seguirlos en este ensayo afectuoso. Demos algunas vueltas al caleidoscopio.

Miremos a don Luis como español de cepa, con cimientito castellano, andando entre molinos sobre tierra severa, manchega, que lo hizo y lo sigue haciendo su quijotesco compatriota, al que ha dedicado tanto amor y tanto empeño. Dígalo su ensayo: «Delitos y penas en el Quijote». Y veámoslo como hombre del mundo –no apenas de mundo–, con inagotables horizontes que pretende y procura. Veámoslo como amigo de México, donde permanece lo mismo cuando está entre nosotros que cuando se aleja, siempre para retornar y reanudar el hilo de su querencia por esta segunda patria suya –me atrevo a calificarla de este modo–, en la que ha naturalizado una parte de su corazón y de su pensamiento, con cartas expedidas por millares de mexicanos que le contamos entre nuestros compatriotas. Observémoslo como hombre de ciencia, forjado en la investigación y la docencia, la difusión y la confrontación de las ideas. Y traigámoslo a estas reflexiones, en otro giro del caleidoscopio,

como figura entrañada a este Instituto Nacional de Ciencias Penales, que ahora lo hospeda como él ha alojado a tantos institutenses.

Esas son algunas dimensiones a las que quiero referirme; más que seguir el orden de un *curriculum* con fechas y datos puntuales. Prefiero, pues, tender la mirada durante los minutos que me concede la práctica de estas solemnidades, sobre el orden de una vida bien provista y generosamente compartida.

Primero, el español genuino, que ya es decir mucho. Nativo de Valladolid, en un tiempo que me parece cercano, se formó como hombre de leyes –las primeras, las del joven estudiante, jurista en ciernes– en la Universidad de Valencia. De sus años mozos –para ponerlo en un giro infrecuente en México, pero familiar en España– guarda dones que le hicieron quienes nutrieron su sangre con el flujo de la ascendencia, o alentaron sus ideas con el poder de la enseñanza.

Luis Arroyo Zapatero atesora (y porque él lo hace, con devoción y alegría, yo lo menciono con respeto compartido, cercano como soy a este género de experiencias, que han operado en mi propia vida) la influencia de «un su abuelo». Lo fue Emilio Zapatero Ballesteros, médico y maestro, seguramente de muchos discípulos, pero ante todo de su nieto, que porta con orgullo los genes y el apellido de don Emilio y cultiva su memoria. Y también atesora el influjo de quien él mismo califica como su maestro, nuestro amigo recordado y admirado: Marino Barbero Santos. Éste dejó en Luis –ha dicho Raúl Zaffaroni– lo que pudiera llamarse la «huella de Marino», como el propio Barbero Santos ha dejado el mensaje de su presencia y su talento en muchas instituciones mexicanas, entre ellas este Instituto Nacional de Ciencias Penales. Barbero Santos hizo que Arroyo Zapatero fuese más allá de sus fronteras territoriales y académicas, y ganara conocimientos, que luego serían lauros, en Alemania.

Sigamos al estudiante impetuoso. En la relación de sus tempranas empresas combativas, refiere que en enero de 1972, a la vuelta de una Navidad, los estudiantes se alzaron contra la reforma universitaria que pretendía el Gobierno de entonces, cuya índole bien conocimos. Difícilmente podríamos calificar como joven y además como estudiante universitario a quien no se incomoda, protesta, combate injusticias y opresiones.

Luis era delegado estudiantil de la Facultad de Derecho. Con esa investidura se sumó a los inconformes y enfrentó a la policía. Por supuesto, fue detenido y llevado ante el Tribunal de Orden Público. Este contacto con las leyes –las leyes de veras, que constan en el catálogo de

las prohibiciones y en la porra de los gendarmes— le hizo conocer la cárcel de Valladolid —llamada «modelo»; no sé por qué acostumbramos a calificar como modelos a los horribles calabozos—, donde pudo ser, además de recluso, abogado de sus colegas de cautiverio. Recuerda, satisfecho, la liberación de un prisionero lograda con el manojo de artículos que Luis conocía, que no serían muchos en el cuarto año de la carrera.

Pendía sobre el joven Arroyo una condena a dos años de prisión, solicitada por el Ministerio Público, además de la expulsión de la Universidad. Esta decisión fue anulada por dos jueces probos, que supieron enfrentar el asedio del Gobierno. Pasaron los años —no muchos para la historia; demasiados para el pueblo sufrido— y esos jueces, una vez recuperada España, alcanzarían altísimos cargos en el nuevo Estado democrático: uno, Francisco Sainz de Robles, como Presidente del Tribunal Supremo, y otro, Fernando Ledesma, como Secretario de Justicia. Así que no hay mal que dure cien años, como no hay olvido en Arroyo Zapatero de este capítulo procesal y carcelario. Vale para el *curriculum* y para la vida de un penalista, que no puede ignorar ni a la policía, ni a los tribunales ni a las prisiones.

Con el tiempo, el jurista formado en España y Alemania, al lado de profesores eminentes —entre ellos Hirsch, heredero del finalismo de Welzel— sería figura prominente en la vida universitaria de España. Catedrático de la Complutense de Madrid y de la Universidad de Castilla-La Mancha —otro acento de su fervor quijotesco—, fue Rector magnífico de esta institución, mediante elecciones sucesivas que consolidaron su Rectorado y la vida universitaria. Lo veo en el Paraninfo del bello edificio de Toledo, al amparo del mausoleo en alabastro de Garcilaso de la Vega, que exhibe ufanamente a los visitantes. Como lo miro enseñando al viajero las excelencias de una catedral incomparable y de las tres culturas —castellana, árabe y judía— que ilustraron una época de la civilidad española, que también corre por nuestras venas.

Demos vuelta al caleidoscopio, para que aparezca en el fondo el amigo de México. Lo es, por supuesto, de muchas naciones, por su vena y su talante universales. Bien ha dicho que las dos ambiciones de los españoles de ahora son estar en Europa y estar en América. Pero creo —y ni él ni nadie podrían contradecirme— que hospeda a México en un nicho de privilegio. Arroyo Zapatero pertenece a una generación que debió librar batallas en España y mirar, desde lejos, el dolor y las hazañas de sus viejos compatriotas en el exilio americano, donde dejaron cuerpo y alma. Es devoto de aquellos a los que llamó «transte-

rrados» José Gaos, el antiguo Rector de la Universidad de Madrid, que murió en México al cabo del examen doctoral de su discípulo José María Muriá.

Este es un tema constante en el que se explaya Arroyo Zapatero ante sus compatriotas de aquí y de allá. Narra con emoción y convicción las andanzas de los españoles que acudieron a muchos centros de recepción y creación en México, particularmente la Universidad Nacional Autónoma, donde también se les recuerda fervorosamente. Penalista, Luis Arroyo invoca a Ruiz Funes, a Bernaldo de Quirós, a Jiménez Huerta y a muchos que harían una lista interminable, en la que nunca falta mi propio maestro –mi Marino Barbero–, el español Niceto Alcalá Zamora, como también lo fuera el mexicano Alfonso Quiroz Cuarón. Y se interna el cronista español en las correrías de los mexicanos que en otra hora estudiaron en España, algunos de la mano de Luis Jiménez de Asúa, y trajeron a nuestro país el santo y seña del penalismo de aquélla, como Raúl Carrancá y Trujillo y sus colegas de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Arroyo ha dictado conferencias e impartido cursos en muchas universidades de México. En ellas se le conoce y reconoce, como la Universidad chiapaneca de San Cristóbal Las Casas. Y también ha profesado en recintos que, no siendo universitarios, sirvieron para la forja de las instituciones patrias, como el antiguo Templo de San Pedro y San Pablo, sede del Constituyente de 1824, convertido en Museo de las Constituciones en el centro de la ciudad capital. Ahí escuchamos la disertación de Arroyo Zapatero acerca de las cosas de México, con erudición florida, como lo oímos convocar las cosas de España en sus periplos de Toledo: la misma sabiduría, la misma adhesión entusiasta. Hoy –según entiendo– volverá a este territorio socorrido para mostrarnos lo que sabemos o ignoramos –pero él conoce y nunca olvida– acerca de ciertas instituciones penales de México. Lo escucharemos como siempre: con agrado y asombro.

Otro giro al caleidoscopio, para que las dimensiones de la existencia se reacomoden en el fondo. Arroyo Zapatero no podría recluirse –no está hecho de esa madera– en una celda de puertas y ventanas clausuradas o apenas entreabiertas, donde no cabe la luz ni se exalta el pensamiento. Tiene dotes de estudioso, pero no de monje.

Abierto a todos los vientos, emprendió caminos que lo han colocado en las filas de los adelantados: receptores de admirables tradiciones y promotores de nuevos conocimientos. Arroyo se afilió a las mejores corrientes, que jamás abandonaría, bajo una bandera estimulante: la

nueva defensa social, orientada por Marc Ancel y Filippo Gramatica, que representó una corriente de luz y fraternidad al término de una guerra inclemente y sanguinaria. Es así como milita en el Derecho penal de orientación humanista, filiación político-jurídica que tiene cuarteles dondequiera, pero también –no debemos olvidarlo– adversarios enconados que han logrado filtrar retrocesos enmascarados con el argumento de la eficacia.

Es este el momento de recordar que Arroyo Zapatero posee un imbatible espíritu beccariano. De esa fuente han tomado su impulso y sus ideas los fundadores de aquella escuela de la nueva defensa social, y de ella se ha nutrido el entusiasmo de don Luis Arroyo, que propaga las ideas y sugiere el comportamiento como los aloja y aconseja el magistral discurso *De los delitos y de las penas*.

A la convicción creativa del profesor español se deben la creación y el otorgamiento de un estímulo estupendo, forjado a la sombra o por el recuerdo del *Castello Sforzesco* y de la *Accademia dei Pugni*: la Medalla Beccaria, que don Luis ha sugerido y entregado a muchos seguidores del marqués y de quienes lo han sucedido; sugerido y entregado –digo– con rigor y con justicia, o bien –en un solo caso, el mío– con afecto y benevolencia. De esta manera invoca la vida y la obra del reformador más ilustre, y las difunde para que persistan y animen la marcha del penalismo racional y bienhechor.

El nuevo doctor –pero docto de siempre– preside con energía y creatividad la Sociedad Internacional de Defensa Social. Gusta hablar de ella, citarla como es más conocida: la *Société*. Con ella nos ha llevado por medio mundo, y seguramente habrá más que recorrer en la otra mitad, alentados por un conductor tan seguro de sí mismo y de las causas que enarbola. Es miembro de las directivas de varias organizaciones de alcance mundial; la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Sociedad Internacional de Criminología, por ejemplo.

Con la representación de la *Société* que preside, estuvo en la visita que los penalistas hicieron al Papa Francisco el 23 de octubre de 2014, en la que don Luis refirió la vida y los milagros de esa Sociedad perseverante, formalizada en Bélgica en 1949 y asentada en el Centro Nacional de Prevención y Defensa Social de Milán; sociedad que es –como dijo Arroyo Zapatero ante el Papa, con acierto– un movimiento más que una institución: un noble movimiento cuya ideología parece coincidir admirablemente, punto por punto, con la que expuso Francisco en su enjundioso mensaje.

Por supuesto, quienes me escuchan –y sobre todo quienes conocen a Luis Arroyo Zapatero– pueden suponer que todo este desarrollo no sería posible sin el cimiento –que es otra dimensión del personaje, alojada en las cuentas del caleidoscopio que ahora gira en su penúltima vuelta– de una sólida formación científica. La tuvo en España, ya lo mencioné, con el magisterio de Marino Barbero Santos, y también en Alemania.

Por esa formación –y por su propio empuje– además de ser catedrático y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, y Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la misma Universidad, ha recibido varios doctorados *honoris causa* –a los que se agrega el que hoy se le confiere– y dado a la estampa un buen número de libros y artículos de revista, algunos de ellos trasladados a otros idiomas: alemán, francés, italiano, portugués, inglés, japonés y rumano. Desde 2006 es miembro y Vicepresidente del Consejo Científico Asesor del Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia.

Como investigador y autor, ha destinado mucho tiempo de reflexión y creatividad a cinco campos que reflejan su interés –y su vocación, en la que aquél se sustenta– por cuestiones de orden jurídico social –como la protección penal de los trabajadores–, por temas asociados a la internacionalización del orden penal –Derecho comparado y Derecho penal europeo–, por la relación –verdaderamente esencial– entre éste y el sistema constitucional, por la difusión del conocimiento general y penalista –a través de la red de universidades y el portal denominado «Universia» y del «Portal Iberoamericano de Ciencias Penales»–, y por la abolición de la pena de muerte.

La supresión de la pena capital es un asunto crucial en el desvelo y la tarea de Arroyo Zapatero. Lo ha sido, lo debe ser para todos los penalistas, pero también para la humanidad en su conjunto. Se ha erigido, desde hace tiempo, en un verdadero cruzado por la vida, consciente –al fin y al cabo es beccariano leal– de que ni el Estado tiene facultad de privar de la existencia a sus ciudadanos, ni esa privación, practicada a lo largo de todo el tiempo que ha durado nuestra estancia en la Tierra, trae consigo la contención o la supresión del crimen. La pena de muerte, ilícita e inútil, debe ser impugnada desde todos los frentes. No deja de causar extrañeza, profunda extrañeza, que mientras la tortura, por ejemplo –otro tema señero en la doctrina beccariana–, ha sido proscrita por el *jus cogens*, aún no lo haya sido –y parezca distante de serlo– la pena capital.

Luis Arroyo Zapatero es fundador empeñoso de la Red Académica Internacional contra la pena de muerte, que reúne a veinticinco institutos de investigación de los cinco continentes y a trescientos profesores. Motivó al Gobierno de España a asumir un papel protagónico en la comunidad internacional para la supresión de la pena bárbara, y ha contribuido a organizar un amplio número de Congresos y jornadas y publicar libros y otros impresos que pugnan por la abolición de aquella.

Lo tengo muy presente en esta faena, tanto en el Congreso Mundial contra la Pena de Muerte, celebrado en el centro de convenciones de Madrid, en 2013, como en el coloquio del mismo tema y en la misma ciudad, que contó con la señorial hospitalidad de la Real Academia de las Bellas Artes de San Fernando. Arroyo ha echado mano de todas las razones y de los más elocuentes testimonios en esta lid humanista. El botón de muestra, también rescatado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, es el libro en torno a Francisco de Goya y la pena de muerte, una obra bella y aleccionadora.

Estudioso de los temas que afloran en la experiencia penal reciente, también ha dedicado reflexiones y acciones –como las encauzadas por la Sociedad Internacional de Defensa Social– a cuestiones de muy antiguo origen, pero modernizadas, si cabe la expresión, por las guerras regionales, que no han cesado desde la segunda mundial. En este campo vale mencionar el estudio y la impugnación sobre el empleo de combatientes mercenarios, bajo banderas de conveniencia, para consumir incursiones etnocidas.

Mencioné al Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es aquí donde terminan las vueltas del caleidoscopio y concluye mi observación sobre Arroyo Zapatero. Hace apenas unos días, este amigo del INACIPE se unió a la celebración del cuadragésimo aniversario del establecimiento del Instituto, creado con visión y esperanza hace todas esas décadas, y en ocasiones acosado por las veleidades instituidas de quienes quizás no saben que el INACIPE es un organismo que prestigia a la República y a las ciencias penales dentro y fuera de nuestras fronteras.

Establecer y desarrollar el INACIPE ha sido una magna empresa, que enorgullece a México; suprimirlo o reducirlo –como ya aconteció en una hora sombría– sería un golpe de mano contra la cultura y el progreso, que colmaría de sombras la vida académica de este país y nos privaría de medios indispensables para llevar a cabo la docencia, la investigación y la difusión de la cultura en un ámbito donde estas luces son indispensables: lo fueron hace cuarenta años; lo son ahora; lo serán

mañana. Esa es la razón de ser y permanecer del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

La conferencia que entonces pronunció don Luis fue un ejemplar, conmovedor reconocimiento al INACIPE. De éste dijo que no existe un organismo comparable –por especialidad y calidad– en el Continente americano, y quizás tampoco en muchas otras regiones. Los estudiosos de las disciplinas penales lo saben y lo aprecian.

Este Instituto, que usted tanto alaba y respeta, querido don Luis, es el que hoy le confiere el doctorado *honoris causa*. Ha ingresado a un claustro relevante, que usted prestigia aún más con su presencia. Honor a quien honor merece: al INACIPE y a su doctor, amigo y maestro, Luis Arroyo Zapatero. Larga vida para ambos, que será fértil.

PARTE GENERAL

MANIFESTACIONES DEL MAL Y DERECHO PENAL (EL MAL DEL DELITO, EL MAL DE LA PENA Y LA MALDAD DEL AUTOR)

MERCEDES ALONSO ÁLAMO
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

«Es, según yo sé, la pura maldad. Eso es Pedro Páramo»
Pedro Páramo, Juan Rulfo

I. Introducción

A Luis Arroyo, penalista y amigo al que dedicamos estas páginas, el problema del mal y sus relaciones con el derecho penal no le es ajeno. La crueldad de las penas y, en particular, el problema de la pena de muerte, se halla entre sus más constantes preocupaciones científicas¹. También le ha interesado el mal que se apodera de los países, interés que le ha llevado a escribir «sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo»².

En su homenaje vamos a reflexionar sobre el mal y el derecho penal, y lo vamos a hacer, primero y brevemente, desde la perspectiva del delito –injusto y culpabilidad– y de la pena, para adentrarnos después en el mal radical (absoluto) que en ocasiones se apodera de los países. A la vez, pretendemos indagar sobre cuál puede ser la respuesta apropiada del derecho penal cuando el mal se manifiesta en sujetos que presentan una conciencia alienada, externalizada, depositada en una voz exterior que sustituye a la propia voz interior de la conciencia.

¹ Dado que la sola enumeración sería muy amplia, baste mencionar la coedición de publicaciones como *Hacia la abolición universal de la pena capital* (2010), *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte* (2012), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria* (2014), *Contra la cadena perpetua* (2016).

² ARROYO ZAPATERO, L., «Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a Derecho y Literatura», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J. M.^o/Queralt Jiménez, J. J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M.^o T. (coordinadores), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017.

Atenderemos, asimismo, al mal que puede emerger en sujetos sometidos a situaciones excepcionales, totalizadoras, en contextos que dominan su existencia y favorecen la aparición del mal. Finalmente, hemos de referirnos también, con la brevedad que requieren estas páginas, a la pura y sin embargo condicionada maldad, la maldad que personifica Pedro Páramo.

El derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos y la convivencia pacífica, y esto es un bien. Pero al perseguir dicho objetivo, el derecho penal interviene respondiendo a un mal (el delito cometido) con otro mal (la pena). La necesidad de hallar el justo equilibrio entre la lucha contra el mal, de un lado, y la respuesta punitiva justa, de otro, nos lleva a reflexionar sobre el problema del mal y sobre la maldad del autor. Y esto, que es importante cuando se aborda con carácter general la cuestión de la culpabilidad jurídica, lo es especialmente en aquellos casos en que el mal se apodera de los países y de las personas, ese mal que Luis Arroyo se preocupa de narrar para mejor prevenir.

II. El mal del delito

Desde la perspectiva del delito, al derecho penal no le importa cualquier mal (todo mal) sino solo aquel que se traduce en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegibles penalmente. El delito acota, por tanto, una parcela del mal. La intervención en la esfera de libertades del ciudadano, restringiendo la libertad social de acción y acudiendo a la pena estatal, solo está justificada si es necesario para proteger bienes jurídico-penales. Mal que constituye delito es el que se materializa en acciones lesivas para bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. En consecuencia, solo es justa la pena prevista legislativamente en aras de la protección de bienes jurídicos esenciales. Hoy, más que nunca, frente a concepciones inflacionistas del derecho penal que formalizan el objeto de protección, se hace preciso acudir al criterio del bien jurídico material, aun reconociendo las dificultades que plantea su delimitación, y reafirmar el principio de intervención mínima³. Desde esta perspectiva cabe decir, por ejemplo, que la reciente incorporación (en el 2019) al código penal español del delito de fuga del lugar

³ SCHÜNEMANN, B., «¿Puede una pena ser justa?», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J. M.³/Queralt Jiménez, J. J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M.³ T. (coordinadores), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 394 y ss.

del accidente (artículo 382 bis) parece orientada, antes que a la protección de un propio bien jurídico, a reaccionar ante la «maldad» del sujeto que huye⁴, por lo que tal previsión legislativa ha de considerarse más que cuestionable.

III. El mal de la pena

La pena es un mal que restringe o limita bienes o derechos de quien ha cometido un delito. La pena acota, por tanto, el mal que es dable infligir a quien comete un delito. Ni siquiera quienes invocan las bondades de la pena estatal en orden a posibilitar la convivencia pacífica o a afirmar el ordenamiento jurídico violado, alegando razones de prevención, pueden dejar de admitir que –en tanto privación de bienes jurídicos– la pena es *intrínsecamente* un mal.

Siendo la pena un mal que se impone a quien ha cometido un delito, antes que un bien que procura la estabilización y el reconocimiento de la norma lesionada, tiene una dimensión retributivo-preventiva que ha de moverse dentro de los límites del Estado social y democrático de derecho. La pena se fundamenta en la culpabilidad y desde esta perspectiva es retribución, pero se enmarca en un *contexto preventivo* de necesidad de protección de bienes jurídicos; la retribución, así considerada, no es ni castigo, ni expiación, ni compensación del delito cometido, ni talión, ni afirmación en un sentido absoluto de la Justicia; es *retribución relativa*, adecuada a la actuación culpable y, así entendida, la pena deviene *justa*, además de ser, en conjunción con los fines preventivos, *necesaria* a los efectos de protección de los bienes jurídicos. La culpabilidad no es mero límite de la pena preventiva, sino que, operando internamente a las exigencias de la prevención, fundamenta la pena⁵. En síntesis, para que la pena sea justa se requiere, además de que se establezca en atención al ataque a un bien jurídico, que atienda a la culpabilidad del autor, esto es, que atienda al injusto culpablemente producido.

⁴ De «la maldad intrínseca en el abandono» y de «falta de solidaridad con las víctimas» habla el Preámbulo de la L. O. 2/2019, de 1 de marzo, que introduce el delito de fuga en el código penal español.

⁵ Para la fundamentación de la concepción de la pena retributiva-preventiva me permito remitir a ALONSO ÁLAMO, M., «Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva», *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Cancio Meliá, M./ Maraver Gómez, M./ Fakhouri Gómez, Y./Guérez Tricarico, P./Rodríguez Horcajo, D./ Basso, G. J. (editores), Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1302 y ss.

IV. Mal y maldad: las manifestaciones del mal

Antes de entrar en las posibles respuestas del derecho penal a las diferentes manifestaciones del mal, vamos a referirnos al problema del mal desde una perspectiva general.

a) Kant expone su pensamiento sobre el mal en *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Se ocupa en dicha obra del problema del mal radical en la naturaleza humana, situando su formulación en el marco del mundo inteligible. La tesis de que el hombre es malo por naturaleza no puede querer decir otra cosa, según Kant, que que «el hombre se da cuenta de la ley moral y, sin embargo, ha admitido en su máxima la desviación ocasional respecto a ella»⁶. La propensión natural al mal se refiere al *homo noumenon*. La propensión al mal «solo a la facultad moral del albedrío puede ir ligada». La «propensión» es entendida por Kant como el «fundamento subjetivo de determinación del albedrío, fundamento que *precede a todo acto*» y, en tanto *peccatum originarium*, va referida al uso de la libertad «mediante el cual es acogida en el albedrío la máxima suprema (conforme a la ley o contra ella)». A ello contraponen el mal que procede del vicio, de la no dominación de la pasión por el hombre sensible (*homo fenoménico*), el *peccatum derivativum*. Aquel es un mal ligado a la ley moral y a la voluntad, este un mal físico vinculado a las pasiones. El uno, hace referencia al «acto inteligible, cognoscible solamente por la Razón sin ninguna condición de tiempo», el otro, a «algo sensible, empírico, dado en el tiempo (*factum phaenomenon*)»⁷. Aquel mal, radical, corrompe la máxima suprema. Kant diferencia tres aspectos o grados en la propensión al mal: «*Primeramente* es la debilidad del corazón humano en el seguimiento de máximas adoptadas, en general, o sea, la *fragilidad* de la naturaleza humana; *en segundo lugar*, la propensión a mezclar motivos impulsores inmorales con los morales (aun cuando ello aconteciera con buena mira y bajo máximas del bien), esto es: la *impureza*; *en tercer lugar*, la propensión a la adopción de máximas malas, esto es: la *malignidad* de la naturaleza humana o del corazón humano»⁸. Más adelante aclara que el estado de corrupción propio de la *malignidad* puede llamarse también *perversidad* del corazón humano, que «invierte el orden moral atendiendo a los

⁶ KANT, I., *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, traduc. por Martínez Marzoa, F., Alianza Ed., 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 41.

⁷ KANT, I., *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, cit., pp. 40 y s.

⁸ KANT, I., *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, cit., pp. 38 y s.

motivos impulsores de un libre albedrío», pero que esta malignidad de la naturaleza humana debe diferenciarse de la maldad, entendida esta como intención de acoger «lo malo *como malo*»⁹. La perversidad del corazón, que procede de la fragilidad de la naturaleza humana y está unida a la impureza «que consiste en no separar los motivos impulsores según una pauta moral», puede darse junto a una «voluntad buena en general»¹⁰. Como señala Rodríguez Duplá, según el pensamiento de Kant «el hombre, todo hombre, ha adoptado la máxima suprema mala en un acto intemporal que precede a todo uso empírico de su libertad», un acto *nouménico*, inmemorial¹¹. Tal mal, radical, el enraizado en la naturaleza humana, no comporta que el hombre no pueda hacer el bien; al contrario, este «conserva siempre intacta la libertad de su albedrío», el «germen del bien»¹².

b) El mal radical, que en términos kantianos es entendido como propensión al mal moral –y consiguiente subordinación de la ley moral–, va a ser reorientado –y complementado– por H. Arendt. En sus estudios sobre el totalitarismo, desarrolla esta autora un pensamiento original sobre el mal que alcanza reconocimiento creciente. En el prólogo de 1950 a la primera edición de *Los orígenes del totalitarismo* (1951), Arendt escribe: «Y si es verdad que en las fases finales de totalitarismo aparece éste como un mal absoluto (absoluto porque ya no puede ser deducido de motivos humanamente comprensibles), también es cierto que sin el totalitarismo podíamos no haber conocido nunca la naturaleza verdaderamente radical del mal»¹³. La experiencia del nazismo conduce a una intelección del mal radical que transita desde la mala voluntad originaria, en el sentido kantiano, hacia algo inexplicable, pues «cuando lo imposible es hecho posible se torna en un mal absolutamente incastigable e imperdonable que ya no puede ser comprendido ni explicado por los motivos malignos del interés propio, la sordidez, el resentimiento, el ansia de poder y la cobardía. Por eso la ira no puede vengar; el amor no puede soportar; la amistad no puede perdonar». En palabras de la propia autora: «los regímenes totalitarios han descubierto

⁹ KANT, I., *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, cit., pp. 39 y 47.

¹⁰ KANT, I., *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, cit., pp. 47.

¹¹ RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., «¿Qué es el mal radical?», *Cuadernos salmantinos de filosofía*, Vol. 32, 2005, p. 271.

¹² RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., «¿Qué es el mal radical?», cit., pp. 272 y s.

¹³ ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, traduc. por Solana, G., Taurus, Madrid, 1974, p. 11.

sin saberlo que hay crímenes que los hombres no pueden castigar ni perdonar»¹⁴.

El mal radical inteligible por la Razón es examinado por Arendt a la luz de la cruel realidad. Arendt lamenta que la tradición filosófica se haya resistido a concebir un mal radical, incluido el propio Kant que lo sitúa en el mundo inteligible¹⁵; y sostiene que a la vista de las experiencias totalitarias «el mal radical ha emergido en relación con un sistema en el que todos los hombres se han tornado igualmente superfluos»¹⁶. Cabría decir que Arendt se mueve desde el mal radical del *homo noumenon* hacia el mal radical del *homo fenoménico*.

Otra transición pudiera verse en la obra de Arendt, esta interna a su propio pensamiento. Después de la constatación del mal radical de los regímenes totalitarios donde la vida queda reducida a nuda vida y la persona es aniquilada, reducida a cosa y deshumanizada¹⁷, Arendt desarrolla su controvertida posición sobre la banalidad del mal. Aparece ésta en el conocido libro de 1963 *Eichmann en Jerusalén*, posteriormente subtítulo *Un estudio sobre la banalidad del mal*. En él leemos:

«Según la acusación, Eichmann no solo había actuado consciente y voluntariamente, lo cual él no negó, sino impulsado por motivos innobles, y con pleno conocimiento de la naturaleza criminal de sus actos. En cuanto a los motivos innobles, Eichmann tenía la plena certeza de que él no era lo que se llama un *innerer Schweinehund*, es decir, un canalla en lo más profundo de su corazón; y en cuanto al problema de conciencia, Eichmann recordaba perfectamente que hubiera llevado un peso en ella en el caso de que no hubiese cumplido las órdenes recibidas, las órdenes de llevar a la muerte a millones de hombres, mujeres y niños, con la mayor diligencia y meticulosidad...»¹⁸. En el *Post scrip-*

¹⁴ ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 556.

¹⁵ «Es inherente a toda nuestra tradición filosófica el que no podamos concebir un «mal radical», y ello es cierto tanto para la teología cristiana, que concibió incluso para el mismo Demonio un origen celestial, como para Kant, el único filósofo que, en término que acuñó para este fin, debió haber sospechado al menos la existencia de este mal, aunque inmediatamente lo racionalizó en el concepto de una «mala voluntad pervertida», que podía ser explicada por motivos comprensibles», ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, cit., pp. 556 y s.

¹⁶ ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 557.

¹⁷ «El horror auténtico de los campos de concentración y exterminio» —escribe Arendt— «radica en el hecho de que los internados, aunque consigan mantenerse vivos, se hallan más efectivamente aislados del mundo de los vivos que si hubieran muerto, porque el terror impone el olvido. Aquí el homicidio es tan impersonal como la muerte de un mosquito», *Los orígenes del totalitarismo*, cit., pp. 538 y s.

¹⁸ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, traduc. por Ribalta, C., Debolsillo, Barcelona, 2015, p. 45.

tum añade Arendt: «... cuando hablo de la banalidad del mal lo hago solamente a un nivel estrictamente objetivo, y me limito a señalar un fenómeno que, en el curso del juicio, resultó evidente. Eichmann no era un Yago ni era un Macbeth, y nada pudo estar más lejos de sus intenciones que «resultar un villano», al decir de Ricardo III. Eichmann carecía de motivos, salvo aquellos demostrados por su extraordinaria diligencia en orden a su personal progreso. Y, en sí misma, tal diligencia no era criminal; Eichmann hubiera sido absolutamente incapaz de asesinar a un superior para heredar su cargo. Para expresarlo en palabras llanas, podemos decir que Eichmann, sencillamente, no supo jamás lo que se hacía»¹⁹.

No parece que el pensamiento de Arendt sobre el mal se haya modificado en lo fundamental y que haya abandonado la noción de mal radical sustituyéndola por la de mal banal. Más bien parece que ha pasado a abordar el problema del mal desde una perspectiva nueva, viniendo a poner de relieve cómo, en el seno del totalitarismo, al tiempo que la vida humana es reducida a pura nada, a vida superflua (mal radical), puede emerger la banalidad del mal; en sus estudios Arendt muestra cómo, en los regímenes totalitarios, aparece el mal radical pero también el mal banal: el de los sujetos cuya conciencia parece haber sido sustituida por la de otro, allí donde la conciencia moral deja de ser autónoma y pasa a ser heterónoma, o, lo que es lo mismo, una no-conciencia.

Los experimentos de Milgram vendrían a corroborar las afirmaciones de Arendt sobre el mal banal. En su «lectura de Milgram», Z. Bauman, da cuenta de cómo se produce el fenómeno de la *conciencia sustitutiva* en sujetos que actúan por obediencia, siendo capaces de seguir ciegamente instrucciones que de ordinario repugnarían a su conciencia moral²⁰. Los experimentos de Milgram mostraban cómo, ante argumentos como el interés de la investigación o las exigencias del experimento, personas normales diluían su conciencia ante la autoridad del científico y se prestaban a aplicar durante el experimento descargas eléctricas cada vez mayores²¹. Los descubrimientos de Milgram vienen

¹⁹ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, cit., pp. 417 y s. Vid. también, ARENDT, H., «Responsabilidad personal bajo una dictadura» (1964), en Arendt, H., *Responsabilidad personal y colectiva*, traduc. por Ramos Fontecoba, R., Página indómita, Barcelona, 2020, pp. 14 y s.

²⁰ BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, traduc. por Mendoza, A./Ochoa de Michelena, F., 9.ª ed., Sequitur, Madrid, pp. 180 y ss., pp. 180 y ss. y 190.

²¹ BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, cit., p. 184.

a dar la vuelta, en palabras de Bauman, «a esa imagen, antigua, del mundo según la cual la humanidad se encuentra totalmente del lado del orden racional mientras que la inhumanidad se limita a algunas ocasionales irrupciones»; quedó demostrado, añade, que «*la inhumanidad tiene que ver con las relaciones sociales*» y que «*en la medida en que éstas estén racionalizadas y técnicamente perfeccionadas, también lo estará la capacidad y eficiencia de la producción social de inhumanidad*»²².

Dos aspectos se pueden destacar con base en los conocidos experimentos de Milgram. De un lado, la pérdida de la propia conciencia del sujeto en estado agéntico, lo que da origen a un fenómeno de «responsabilidad trasladada»: cada individuo de la organización traslada su responsabilidad a un superior originándose una especie de «responsabilidad flotante»²³. A la vez que se produce esta *heteronomía*, se pone de relieve, de otro lado, la fuerte componente social del mal, lo que lleva a Bauman a sostener que «en su origen, la crueldad es social mucho más que caracteriológica» pues «la crueldad se relaciona con ciertas normas de interacción social mucho más íntimamente que con los rasgos de la personalidad»²⁴.

Nos encontramos en estos casos con personas con la conciencia suspendida, sustituida, depositada en otro u otros. Pero hablar de conciencia sustitutiva o de conciencia alienada pudiera considerarse una contradicción en los términos si partimos, con González Vicén, de que rasgo esencial de la conciencia es su naturaleza individualizadora y que el sujeto de la conciencia es «el hombre en su realidad concreta, en lo que solo es él y no en lo que tiene de común con los demás»: ni el *homo noumenon* kantiano, ni el sujeto del racionalismo²⁵. Sin embargo, no hay tal contradicción. Aun asumiendo la naturaleza individualizadora de la conciencia, y que esta es eminentemente personal, autónoma, las «evidencias muestran», como Arendt señaló, «que muchos hombres poseen dicha conciencia, pero no todos»²⁶, y que enfrentados a situaciones extraordinarias puede suceder que la propia conciencia se desvanezca y traslade, depositándose en otro.

c) La importancia del contexto situacional en la emergencia del mal se ha puesto de relieve en sucesos que evidencian que personas

²² BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, cit., pp. 183 y s.

²³ BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, cit., p. 192.

²⁴ BAUMAN, Z., *Modernidad y holocausto*, cit., p. 196.

²⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 389.

²⁶ ARENDT, H., «Responsabilidad colectiva» (1968), en ARENDT, H., *Responsabilidad personal y colectiva*, cit., p. 88.

normales y corrientes enfrentadas a determinadas situaciones pueden llegar a realizar acciones atroces. Zimbardo llama «efecto Lucifer» a la metamorfosis que puede producirse en personas sometidas a circunstancias extraordinarias, tal como muestra lo sucedido en Irak en el año 2004 y que experimentos previos de laboratorio ya habían mostrado. Sostiene Zimbardo que las atrocidades cometidas por militares en la cárcel iraquí de Abu Ghraib supusieron a la vez la deshumanización de las víctimas y la pérdida de la propia identidad de sus verdugos; se deshumaniza al otro y se suspende la propia conciencia moral. En otros términos, en el proceso de deshumanización del otro concurren a la vez mecanismos de desconexión moral. Es un proceso de reificación del otro, y, a la vez, podríamos añadir, de autorreificación²⁷. El contexto, la situación, el sistema, propicia dicho proceso. Así, al considerar que «ciertas personas o grupos están fuera de la esfera de humanidad, los agentes deshumanizadores suspenden la moralidad que normalmente regiría sus actos hacia sus congéneres», haciendo posible que «personas normales, moralmente rectas e incluso idealistas, acaben realizando actos de gran crueldad»²⁸. En personas bondadosas puede habitar la maldad y ésta emerger en situaciones especiales. (Inversamente, cabría hablar de efecto beato en relación con personas problemáticas e inclinadas a hacer el mal que, puestas en un contexto propicio al bien, se comportan bondadosamente).

Un complejo haz de factores disposicionales y, también, situacionales y sistémicos, pueden favorecer la aparición del comportamiento cruel e inhumano. Los «sistemas malvados», dice Zimbardo, «crean «situaciones malvadas», crean «conductas malvadas» y convierten en «manzanas podridas» incluso a las buenas personas»²⁹.

Además, en estas situaciones puede haber personas que observan o conocen lo que acontece y que «con su pasividad, permiten que la maldad persista»³⁰. La propia responsabilidad individual no desaparece ni se disuelve en una evanescente responsabilidad colectiva al grito de, por decirlo con palabras de Arendt, «donde todos son culpables, nadie

²⁷ Sobre la reificación y la autorreificación, HONNETH, A, *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, traduc. Calderón, G., Katz, Buenos Aires, 2007, pp. 83 y ss., 105 y ss., 137 y ss., el mismo, *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, traduc. Romeu Labayen, J., Katz, Madrid, 2010, pp. 65 y ss.

²⁸ ZIMBARDO, P., *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, traduc. por SÁNCHEZ BARBERÁN, G., 8.ª reimpresión, Paidós, Barcelona, 2019, pp. 404 y s.

²⁹ ZIMBARDO, P., *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, cit. pp. 418 y s., y 553.

³⁰ ZIMBARDO, P., *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, cit. p. 417.

lo es»³¹. La responsabilidad política (colectiva) deja intacta la propia culpabilidad ética y, por lo que aquí importa destacar, jurídico-penal.

No sabemos si en situaciones extraordinarias, totalizadoras, en las que puede aparecer el llamado efecto Lucifer, la propia conciencia moral se desvanece y es sustituida por otra, o, más bien, el sujeto pierde la capacidad de valorar correctamente sin llegar a desprenderse plenamente de su conciencia moral autónoma, o si pierde los mecanismos ordinarios de inhibición de los impulsos que normalmente le frenarían e impedirían la realización de acciones tan crueles e inhumanas. En principio, parece posible que pueda darse cualquiera de las alternativas mencionadas. A efectos penales, habrá que dilucidar lo que ha sucedido en cada situación; de la respuesta penal nos ocupamos en el apartado V.

d) Todavía cabría hacer referencia al mal que constituye delito y que se realiza, ya ocasionalmente, ya de forma reiterada, ya habitualmente. Es el mal que se presenta en situaciones ordinarias de la vida, entendiendo por tales las situaciones en las que no concurre un contexto totalizador. En su realización pueden intervenir factores diversos, ya personales (carácter, motivos, emociones, anomalías y alteraciones psíquicas..., afectación de la capacidad de valorar correctamente), ya sociales, ya de ambos tipos, personales y sociales. Tales factores condicionan la conducta del sujeto al tiempo del hecho y pueden afectar a su graduable culpabilidad jurídica. No es la maldad del autor sino su culpabilidad jurídica y la responsabilidad personal lo que importa al derecho penal, pero detrás del mal delito y del problema de la culpabilidad jurídica se halla la «maldad», que no «perversidad» del autor (por recordar la distinción kantiana antes mencionada).

V. Las respuestas del derecho penal a las manifestaciones del mal

Llegados a este punto debemos preguntarnos por las posibles respuestas del derecho penal ante el mal que constituye delito, las cuales han de ser necesariamente diferentes según que se trate del mal absoluto (extremo, radical) en el sentido desarrollado por Arendt, del mal banal ligado al mal absoluto, del mal que emerge en contextos totalizadores en los que un sujeto puede llegar a realizar acciones que en situa-

³¹ ARENDT, H., «Responsabilidad colectiva», cit., pp. 72, 75 y 77.

ciones ordinarias nunca hubiera realizado, hasta, finalmente, el mal causado por un sujeto, ya ocasionalmente, ya de manera reiterada, ya habitualmente (cuando el mal se ha instado en él, como en Pedro Páramo), y que puede responder a factores diversos. Respecto de este último, no cabe más que recordar la sujeción a las reglas generales de los delitos cometidos en situaciones ordinarias de la vida, lo que significa atender a las circunstancias que concurren en el hecho y en el autor y, en particular, al juicio individualizador de culpabilidad. Detengámonos en los restantes supuestos.

El mal radical se presenta abiertamente en delitos de genocidio y lesa humanidad. El mal radical es inconmensurable y, en consecuencia, *incastigable*. Pero esto, que es así desde una perspectiva filosófica, ética y lógica, no implica sostener que el derecho penal haya de permanecer pasivo ante semejante mal. Al contrario, la respuesta penal enérgica frente al genocidio, que pivota sobre un elemento final —la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal—, y frente a los crímenes de lesa humanidad, se ha abierto paso en el derecho internacional penal y en las legislaciones penales estatales, en un camino que se abre con la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 y culmina con su reconocimiento como crímenes contra la comunidad internacional en su conjunto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (el Estatuto de Roma) de 1998.

No solo los ejecutores directos, sino también quienes tienen «el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder» han de responder penalmente, ya como autores (mediatos) según la conocida y discutida tesis de Roxin sobre la autoría mediata³², ya como coautores, inductores o cooperadores, necesarios o no³³.

³² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traduc. de la 9.ª ed. alemana (2015) por Cuello Contreras, J./Serrano González de Murillo, J. L., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 237 y ss. y 689 y ss., el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, T. II, traduc. por Luzón Peña, D. M./Paredes Castañón, J. M./Díaz y García Conlledo, M./De Vicente Remesal, J., Civitas, Pamplona, 2014, pp. 111 y ss. A propósito de la concepción de Roxin sobre la autoría mediata en Alemania en relación con los crímenes del nazismo, MUÑOZ CONDE, F., «La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado», *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Maqueda Abreu, M.ª L./Martín Lorenzo, M./Ventura Püschel (coordinadores), Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2016, pp. 235 y ss.

³³ Amplio estudio de las alternativas a la autoría mediata en los casos que nos ocupan (tesis de la coautoría, autoría accesoria, inducción, cooperación necesaria o no necesaria) en, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 128 y ss., FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006, pp. 247 y ss.

Pero en el contexto del mal radical puede emerger también la banalidad del mal. Es importante delimitar el mal banal de situaciones próximas, como la actuación voluntaria de quienes argumentarán que, de no haber actuado ellos, otros habrían sido más crueles³⁴, pretendiendo justificar moralmente su conducta. Ahí no cabe hablar de mal banal. Distinto es el caso de quienes se identifican con el sistema hasta el punto de que en el momento decisivo de la acción no conciben poder hacer algo diferente de lo que hacen; sujetos sin-conciencia, con conciencia alienada, suspendida o traspasada a otro. Sujetos, cabría decir, autorreificados. Es en estos supuestos, en los que la ética de la obediencia anula la propia conciencia moral (autónoma) y se metamorfosea en una heteronomía, donde hace su aparición el mal banal. Y es en estas situaciones de abandono del propio yo o, en su caso, de pérdida del control de los impulsos, en las que cabe plantear si, en algún grado o medida, la culpabilidad jurídica se ve afectada posibilitando una atenuación de la responsabilidad penal³⁵. A estos supuestos se asemejan también aquellos otros en los que es la situación y el sistema, en el sentido expuesto por Zimbardo, el que se apropia, por decirlo así, del sujeto; situaciones en las que el sujeto no llega a «perder» su «irreemplazable» conciencia, el imperativo moral autónomo referido a lo bueno-malo, justo-injusto, correcto-incorrecto; situaciones en las que, aun manteniendo la capacidad para los valores, el sujeto dominado por la situación pierde la capacidad inhibitoria de sus impulsos más primarios.

El tratamiento penal de las acciones realizadas en situaciones totalizadoras, extraordinarias, es controvertido. Punto de partida ha de ser el reconocimiento de la existencia de acción, en sentido jurídico penal, una acción voluntaria, o, al menos, referible a la voluntad. Como señaló Moore en relación con los experimentos de Milgram, no deja de haber una participación de la voluntad y, por tanto, acción en aquellos sujetos que, bajo una sugestión ordinaria –la ascendencia de la autoridad científica–, no hipnótica ni posthipnótica, accionan el botón que produce descargas eléctricas cada vez mayores y que pueden llegar a ser letales³⁶. En principio, lo mismo cabe afirmar en relación con todos aquellos supuestos en que el sujeto se halla bajo una situación totalizadora que no llega a apoderarse de su voluntad (a diferencia de lo que

³⁴ ARENDT, H., «Responsabilidad personal bajo una dictadura», cit., p. 43.

³⁵ A ello se refería ya ARENDT, H., «Responsabilidad personal bajo una dictadura», cit., p. 40, la misma, *Eichmann en Jerusalén*, cit., p. 421.

³⁶ MOORE, M., *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 250.

sucedería, por ejemplo, si se hallara bajo una *vis absoluta*, no meramente compulsiva); habría acción en sentido jurídico penal sin perjuicio de que la capacidad para valorar correctamente o para inhibir los impulsos pudiera estar afectada y con ello también la culpabilidad jurídica.

La acción es también antijurídica. No puede venir en consideración, en principio, una causa de justificación. Ni el cumplimiento de un deber ni la eventual invocación de una obediencia debida justifican por regla general tales comportamientos. No es cumplimiento de un deber la realización de acciones ilegítimas que el derecho no ampara; y la obediencia debida, que no cuenta en nuestro código penal con una regulación propia, solo podría venir en consideración al amparo del cumplimiento de un deber en caso de órdenes que no fueran manifiestamente antijurídicas³⁷, lo que no se cumple en las situaciones que estamos considerando en las que, o bien se trata de órdenes manifiestamente injustas, o bien el comportamiento cruel emerge espontáneamente en situaciones extremas y no son la respuesta a una orden. Por lo tanto, la conducta típica realizada en contextos totalizadores como los descritos no se hallaría justificada.

Terreno apropiado para el posible tratamiento penal de estas situaciones es el de la culpabilidad. Como es sabido, en el nombre del bien se han podido cometer las mayores barbaridades. Por ello, parece necesario descender al nivel del sujeto concreto e interrogar, no sobre el bien o el mal, sino sobre la «maldad» del sujeto en el momento de la acción³⁸. El carácter individualizador del juicio de culpabilidad posibilita tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el sujeto al tiempo del hecho, no solo caracteriológicas, sino también situacionales y, entre ellas, por lo que ahora importa, esas situaciones estresantes que se producen en aquellos contextos totalizantes o tota-

³⁷ La cuestión de la obediencia a leyes manifiestamente injustas ha sido ampliamente discutida en relación con los crímenes del nazismo. Baste recordar las clásicas contribuciones de RADBRUCH, «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», SCHMIDT, E., «La ley y los jueces (Valores positivos y negativos del positivismo)», y WELZEL, H., «El problema de la validez del Derecho (Una cuestión límite del Derecho)», traducidos y recogidos por Rodríguez Paniagua, J. M.^a, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971. Sobre los mandatos antijurídicos, a propósito de la obediencia debida regulada en el viejo código penal, MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 67 y ss., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.^a CP)*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 211 y ss. y 263 y ss. Sobre la discusión en Alemania del requisito de la conformidad a derecho de la acción del servicio, a propósito del delito de resistencia al funcionario ejecutor del parágrafo 113 del StGB, cuyo apartado (3) declara la impunidad del hecho si la acción del servicio no es conforme a derecho, *vid.* ampliamente, JAVATO MARTÍN, A., *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pp. 103 y ss.

³⁸ En la novela *Vida y destino* de V. GROSSMAN (traduc. de M. Rebón, Galaxia Guetenberg, 2007) leemos en p. 25: «Pregunte a Hitler –objetó Ikónnikov–, le dirá que incluso este campo se erigió en nombre del bien».

lizadores, sistémicos, de las que habla Zimbardo³⁹. Al respecto, han de venir en consideración las reglas generales de determinación de la pena concreta dentro del marco penal abstracto del delito o delitos que vengan en consideración, atendiendo a las circunstancias atenuantes que pudieran concurrir. La posible limitación de la capacidad de autodirección podría fundamentar la apreciación de una eximente incompleta al amparo del artículo 21.1.^a en relación con el n.º 1 del artículo 20 del código penal, en su caso también recurriendo a la vía de la analogía al amparo del artículo 21.7.^a En caso de *trepidatio mentis* que no llega a una propia situación de miedo insuperable pero sí produce un especial estado emocional, podría igualmente invocarse, vía analogía, una eximente incompleta (artículo 21.1.^a en relación con el 20.6.º y, en su caso, el 21.7.^a), siempre que concurren, siquiera parcialmente, la *ratio* de aquella eximente, esto es, siempre que el sujeto se hubiera comportado, si no como lo hubiera hecho cualquiera en la misma situación, sí como no se hubiera comportado él mismo, una persona corriente, en una situación ordinaria, con lo cual desplazamos el criterio del hombre medio hacia el del propio sujeto tomando como referencia a él mismo en su trayectoria vital. O podría venir en aplicación el obrar por causas o estímulos poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (artículo 21.3.^a que, en su caso, también podría servir de base a una atenuante analógica).

Con ello, ni se justifica lo injustificable, ni se excluye la culpabilidad jurídica; tan solo se invocan las reglas generales que posibilitan adecuar la pena al grado de culpabilidad del autor valorando todas las circunstancias que concurren en él al tiempo del hecho; en definitiva, se trata de no prescindir en situaciones de banalidad del mal de las reglas generales.

La exposición de las diferentes manifestaciones del mal realizada en páginas anteriores no nos lleva, pues, a sostener nada que pudiera considerarse sorprendente en relación con el tratamiento penal de determinadas manifestaciones del mal, sino a una conclusión que no por obvia debemos dejar de destacar: que también cuando el delito es manifestación de un mal banal deben tenerse en cuenta los criterios y circunstancias generales de atenuación de la culpabilidad en los que, ya

³⁹ Un interesante estudio sobre la fundamentación de la posible atenuación penal con base, ya en las teorías sobre el carácter, ya en las teorías sobre la capacidad de elección por el sujeto de una acción distinta de la que realizó, en SPENA, A., «Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell'effetto Lucifero», *Studi sulla questione criminale*, n. 1, 2020, pp. 81 y ss.

el carácter, ya los motivos, ya la situación en que se encuentre el autor, tengan cabida, y que, en consecuencia, hemos de estar prevenidos frente al peligro de ignorar las circunstancias que influyen en la culpabilidad individual cuando se trata de crímenes horrendos.

VI. Culpabilidad, pena y perdón

Distinto del problema de la culpabilidad jurídica es, como ha puesto de relieve Spena, la posible clemencia hacia quienes actúan en una situación extrema y si la compasión puede tener cabida ante sujetos que son a la vez víctimas de una situación muy especial sin la cual nunca hubieran realizado el delito⁴⁰. No se trata ahora de la comprensión de las circunstancias que concurren en el sujeto al tiempo del hecho valorando su personal grado de culpabilidad, sino de algo sustancialmente distinto y que opera tras la afirmación de la culpabilidad: la compasión y el eventual perdón, considerando que el perdón no niega la culpabilidad, sino que, antes bien, es su confirmación.

El perdón nace de la compasión, un sentimiento que posee una dimensión ética o moral⁴¹. Como tal sentimiento, «guarda una estrecha relación con la creencia de que uno mismo es también vulnerable», de acuerdo con la tradición aristotélica, pero se restringe o acota cuando no se reconoce la compasión ante un sufrimiento merecido⁴²; según esto, no cabría el perdón de un comportamiento antijurídico, especialmente si es un comportamiento contrario a los valores de humanidad, un comportamiento inhumano. Sin embargo, frente a ello cabe oponer la posibilidad de perdonar a quien ha realizado un injusto culpablemente –y ha merecido por ello la pena criminal– como vía para afirmar dialécticamente la humanidad vulnerada⁴³. Elevándose por encima del sentimiento de compasión que pudiera hallarse en su base, el perdón a quien ha realizado un injusto culpable estaría jurídicamente orientado a la recuperación de la humanidad de quienes con su comportamiento

⁴⁰ SPENA, A., «Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell' *effetto Lucifero*», cit., pp. 94 y s.

⁴¹ MONTERO ORPHANOPOULOS, C., «La compasión: diálogo con M. Nussbaum y E. Levianas», *Pensamiento*, vol. 75 (2019), núm. 285, pp. 947 y ss.

⁴² Siguiendo a Aristóteles, NUSSBAUM, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética de la tragedia y la filosofía griega*, traduc. Ballesteros Jaraiz, A., La basa de la Medusa, Madrid, 2015, p. 476. Vid. también, MONTERO ORPHANOPOULOS, C., «La compasión: diálogo con M. Nussbaum y E. Levianas», cit., p. 951.

⁴³ MONTERO ORPHANOPOULOS, C., «La compasión: diálogo con M. Nussbaum y E. Levianas», cit., pp. 960 y s.

se han hecho acreedores de la pena estatal. El perdón no implica, desde luego, una declaración de solidaridad con los criminales al grito de «todos somos culpables»⁴⁴, ni menos aún un olvido de las víctimas. Tampoco la compasión que se halla en la base del perdón es un sentimiento o un valor moral juridificado o que se deba juridificar. Más bien se trataría de posibilitar el restablecimiento de la *humanidad vulnerada de autores y víctimas* con base en una teoría del reconocimiento que haga del perdón un elemento esencial del concepto de justicia⁴⁵, que favorezca la reconciliación, y que permita restaurar las relaciones comunicativas entre autores y víctimas⁴⁶.

El perdón ha sido tradicionalmente olvidado por la investigación psicoanalítica. En los últimos tiempos, sin embargo, hay importantes trabajos que profundizan en el concepto de perdón desde el psicoanálisis y que ven en aquel un esfuerzo interminable y deliberado por dominar un evento doloroso, y por detener el ciclo de la venganza y la retribución y superar la escisión del mundo en dos mitades⁴⁷. Trasladar este análisis al ámbito del derecho penal y, en particular, al perdón de la pena de quien ha realizado un injusto culpablemente es difícil y problemático, pero sin duda abre un camino hacia la superación de los conflictos y el reconocimiento de valores humanos.

⁴⁴ *Supra* nota 31.

⁴⁵ El reconocimiento recíproco de autores y víctimas puede ser una variante a añadir a la lucha por el reconocimiento, una idea que A. Honneth desarrolla en relación con el reconocimiento del respeto y el honor, y en orden a la eliminación del desprecio, pero que cabría extender a situaciones variadas de vulnerabilidad, *vid.* HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, traduc. Ballester, M., Crítica, Barcelona, 1997, *passim*. Sobre el reconocimiento recíproco en Hegel, HONNETH, A., *Reconocimiento. Una historia de las ideas europea*, traduc. Chaparro Martínez, S., Akal, Madrid, 2019, pp. 144 y ss. y 157 y ss. *Vid.* también, HONNETH, A., *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, cit., pp. 47 y ss., HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, traduc. Hernández, F. J./Herzog, B., Trotta, Madrid, 2011, pp. 127 y ss.

Pero, ante todo, el reconocimiento recíproco de autores y víctimas se halla próximo a las tesis de Levinas sobre el reconocimiento del otro en su humanidad, de suerte que, para ser de nuevo uno mismo, el otro ha de situarse en el lugar de uno, o «¿es cierto que ya la experiencia más humilde, de aquel que se pone en lugar de otro –es decir, se acusa del mal o del dolor del otro– no está animado del sentido más eminente según el cual «yo es otro»?», LEVINAS, E., *Humanismo del otro hombre*, traduc. Guillot, D. E., Siglo Veintiuno, Madrid, 1974, p. 121; también, Montero Orphanopoulos, C., «La compasión: diálogo con M. Nussbaum y E. Levinas», cit., pp. 954 y ss. Asimismo, RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, traduc. Neira Calvo, A., Siglo Veintiuno, Madrid, 1996, pp. 396 y s., el mismo, *Caminos del reconocimiento*, traduc. Neira, A., Trotta, Madrid, 2005, pp. 255 y s.

⁴⁶ Sobre esto último, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 215 y ss., 228 y ss., 233 y ss., y 239 y ss.: «un Estado social tiene (entonces) que favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor»; en general, diferenciando entre perdón estatal y perdón de la víctima, loc. cit., pp. 183 y ss.

⁴⁷ Ampliamente sobre ello, ESPARZA, D. R., «La repetida introyección del mal; un comentario sobre las anotaciones psicoanalíticas de Julia Kristeva y Orna Ophir sobre el perdón», *Temas de psicoanálisis*, n.º 20, 2020, *passim*.

VII. A modo de epílogo

Al comenzar estas páginas nos referíamos a las palabras de Luis Arroyo sobre la necesidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Y, desde luego, la necesaria adopción de medidas que eviten hechos horrendos en los que el mal se apodera de personas y sistemas, es la primera conclusión que se puede extraer de la experiencia. Siendo esto indudablemente así, hemos tratado de mostrar también la necesidad de tomar en cuenta las particulares circunstancias en las que el mal hace su aparición en personas corrientes que en otras circunstancias no hubieran delinquido, sea en capas intermedias o inferiores de estructuras jerarquizadas de poder, sea en situaciones sistémicas de especial estrés en las que la propia conciencia moral autónoma parece emigrar y depositarse en otro, desvaneciéndose como tal, o en las que se produce la pérdida de los mecanismos inhibitorios de los impulsos. La incuestionable presencia de injustos culpables e injustificables, a menudo crímenes contra la humanidad y la dignidad, manifestaciones del mal radical y del mal banal, no debe cerrar la puerta a la graduación de la culpabilidad jurídica individual. De alguna manera, como en cualquier delito, la culpabilidad jurídica individual puede estar afectada por las circunstancias concurrentes, sin que la inhumanidad de los hechos realizados haya de servir de cortapisa a la aplicación de las reglas generales. Que además pueda invocarse en relación con delitos tan graves la justicia de la reconciliación, a tener en cuenta una vez afirmada la culpabilidad jurídica, como síntesis dialéctica que permita recuperar la humanidad vulnerada de autores y víctimas, no debe dejar de ser un postulado, algo a lo que hay que tender.

BECCARIA COMO PRECURSOR: LA PASIÓN POR EL DERECHO PENAL HUMANISTA

MATÍAS BAILONE¹
Universidad de Buenos Aires

«Creo que a nosotros nos ha tocado la horrible misión de asistir al crepúsculo de la piedad.»
Roberto Arlt

I. Las dos Castillas y las dos Españas

Mallarmé afirmó que en el mundo todo existe para culminar en un libro², y un *Liber Amicorum* debe dar cuenta –de una manera académica– de las relaciones intelectuales del profesor homenajeado con el universo de temáticas que desarrolló en su magisterio. Pero en el caso del penalista que aquí se celebra, el formato libro queda estrecho, debería contener no solo el listado de intereses eruditos que refleja el índice, sino también una labor de importador y exportador cultural de relaciones humanas, de agente de difusión de ideas éticas y estéticas, de una forma de entender la universidad, y un etcétera inconmensurable.

Quizá el formato libro no sea el único posible para dar cuenta de todo lo que le debemos al profesor Luis Arroyo Zapatero. Quizá el modelo decimonónico de las exposiciones o, mejor aún, el de los grandes congresos y encuentros que, en el mundo académico denominamos con el adjetivo del homenajeado, puedan hacer justicia a un legado inmenso y heterogéneo. A un catedrático que hubiera merecido una entrada en la galería de Menéndez y Pelayo de los heterodoxos españoles.

Luis Arroyo Zapatero fue el discípulo más internacional de Don Marino Barbero Santos, y representó siempre como emblema la relación entre América Latina y España, Iberoamérica en su preferencia,

¹ Profesor adjunto de Derecho penal y criminología de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. matiasbailone@decho.uba.ar

² MALLARMÉ, S., *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, París, 1984.

específicamente en los caminos de ida y vuelta del penalismo continental europeo. Esa impronta es fruto de la relación discipular con Barbero, lo que Zaffaroni llamó como «la marca de Marino»³.

La docencia universitaria la hereda de su abuelo Emilio Zapatero Ballesteros, catedrático de Medicina, y la fruición por el extranjero de su padre, el ingeniero Luis Arroyo Blanco, que viaja a estudiar a los Estados Unidos en 1957 y lo cuenta en crónicas periodísticas del *Norte de Castilla*⁴. Podemos decir que el joven Arroyo Zapatero se deslumbra por el descubrimiento de dos mundos: el académico con su abuelo materno, y el de América por los relatos de su padre.

De la Castilla Vieja pasará a La Mancha hacia finales de la década del ochenta. En la Universidad de Valladolid presencia con su abuelo su primer acto académico universitario en 1968, y queda atrapado por el estupor de aquel espectáculo barroco, y especialmente por el birrete «de pelos negros y muceta de terciopelo azabache y puñetas sobrepuestas al rosa pálido propio del Rector Magnífico»⁵, que portará después en Ciudad Real durante quince años como rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

A partir de su formación vallisoletana, Arroyo toma de Barbero Santos la enseñanza de los ausentes, porque en sus clases en la vieja universidad de Valladolid recordaba a los penalistas de la Segunda República que estaban transterrados en Buenos Aires, Caracas, México o Bogotá, y de esa manera logra vincularse con el pensamiento del exilio⁶.

Las efigies de Luis Jiménez de Asúa y todos los penalistas que bajo su estela se configuran en el firmamento latinoamericano, serán centrales en la obra académica de Arroyo Zapatero. Fueron ellos una raza de intelectuales y amantes de la libertad que, perseguidos y empujados fuera de su patria, fueron sembrando los principios de la Segunda República por toda América Latina. Podemos decir que la gran revolución que

³ ZAFFARONI, E. R., «Laudatio en ocasión del doctorado *honoris causa* a Luis Arroyo Zapatero», en ARROYO ZAPATERO, L., *Aprendí de mi Maestro*, Universidad de Morón, 2008.

⁴ ARROYO BLANCO, L., *La Fabulosa Norteamérica. Joven ingeniero de Valladolid descubre América*, Fundación Miguel Delibes, El Norte de Castilla, 2020.

⁵ ARROYO ZAPATERO, L., *Birretes y nostalgias*, inédito.

⁶ «Fue Argentina la que 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». ARROYO ZAPATERO, L., «Lectio doctoralis por el otorgamiento del doctorado *honoris causa*», en ARROYO ZAPATERO, L., *Aprendí de mi Maestro*, *op. cit.*

significó aquel 14 de abril de 1931 se expandió *urbi et orbi* no solo cuando los brigadistas internacionales llegaron a defender la democracia contra el fascismo a partir del año 36, sino que se internacionalizó cuando el exilio se convirtió en la transmutación del proyecto republicano, aún antes del año 39⁷.

Arroyo dedica muchos de sus textos y actividades divulgativas a rescatar las enseñanzas de los penalistas republicanos exiliados, recordando «los hechos del desvalimiento de los españoles vencidos», al tiempo que la actividad profesional de los transterrados en América. En una tarea de rescate de la memoria histórica, que «en España queremos decir con ello que los hechos en cuestión han sido excluidos de la historia en los años del franquismo, ocultados, sacados «de en medio del tiempo», como hizo Fernando VII con la Constitución de 1812 y su legislación, y su conocimiento ha sido parcial y poco sistemático en España»⁸.

El rescate que Arroyo hace de la obra penal dispersa de Francisco Blasco y Fernández de Moreda es un ejemplo reciente⁹, así como el homenaje a los exiliados en México en la obra sobre los ochenta años del exilio republicano¹⁰.

II. La pasión según Beccaria

En un reciente texto para los ochenta años de la revista mexicana *Criminalia*, Arroyo habla de las tres pasiones que deberían motorizar las ideas penales del presente¹¹. La pasión por la humanidad, la pasión por la ciencia y la pasión por las garantías, a las que les suma después la lucha contra la inequidad y la arbitrariedad del sistema penal.

El penalista y el criminólogo del presente deben estar inspirados por esas pasiones que podríamos resumir en el *derecho penal humanista*

⁷ Dice el poeta Ángel González: «El exilio dejó a España sin una parte importante de sí misma. Tanta España se iba de España con aquellos españoles que la emigración, más que un fenómeno exclusivamente humano, fue una especie de catástrofe ecológica: un gran desprendimiento de tierra». GONZÁLEZ, A., «Prólogo», en RIUS AZCOITIA, L., *Cuestión de amor y otros poemas*, UCLM, 1998.

⁸ Arroyo Zapatero, L. (coordinador), *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, Tirant, 2019.

⁹ Cfr. BLASCO Y FDEZ. DE MOREDA, F., *Derecho penal en el exilio*, Contexto, 2018.

¹⁰ Cfr. Arroyo Zapatero, L. (coordinador), *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, Tirant, 2019.

¹¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Tres pasiones de las Ciencias Penales», en *Criminalia*, México, 2020.

que Arroyo toma de Marc Ancel¹². La humanidad garantiza un veto de las penas crueles o de esa pasión por la crueldad que ha mencionado el Papa Francisco¹³, al tiempo que la ciencia y las garantías certifican la eficiencia del sistema penal, es decir su justificación.

Para hablar de esas tres pasiones Arroyo recurre a su precursor elegido, tal como lo dijo Borges sobre Kafka¹⁴, en la figura del Marqués de Beccaria. Intelectual fundamental para las ciencias penales que, a pesar de los 250 años que nos separan de su obra, y de su inestimable influencia entre sus contemporáneos, no fue estudiado seriamente hasta mediados del siglo xx.

Michel Foucault y Norbert Elias, que se encargaron de hacer por su cuenta los estudios sobre la crueldad de las penas y su dulcificación dieciochesca, ponen al *librito* de Beccaria en un lugar menos mítico¹⁵. Le quitan el estatus de mito de origen de las prácticas punitivas que reniegan de la crueldad de las penas del llamado *Antiguo Régimen*. Además de los motivos esbozados por estos dos grandes intelectuales del siglo pasado, hay que recordar que Beccaria se oponía a la pena de muerte, pero no a las penas corporales. La única pena posible para la cosmovisión beccariana es la pena corporal, pero como economista más que como humanista, está en contra del exceso de las penas en general, lo que se traduce en su oposición a las penas crueles.

El rescate que Franco Venturi opera sobre el libro del marqués milanés es de 1971 y es para vindicarlo como un producto propio de las utopías y reformas ilustradas¹⁶. Tiene mucho éxito en el mundo anglosajón. Pero fue antes y más notable, podríamos decir que es la primera exégesis moderna de *Dei delitti e de delle pene*, el estudio que data de 1925 del gran filósofo italiano Rodolfo Mondolfo.

Mondolfo fue otro transterrado por el fascismo europeo, que en las universidades argentinas de Córdoba y Tucumán enseña filosofía durante cuarenta años. Emigrado de la Italia mussoliniana *il Mondolfo* es un «militante del socialismo reformista europeo y de la controvertida

¹² ARROYO ZAPATERO, L., *idem*.

¹³ Arroyo Zapatero, L. (ed.), *La pasión de la crueldad, el Papa Francisco contra la pena de muerte*, UCLM, 2016.

¹⁴ BORGES, J. L., «Kafka y sus precursores», en BORGES, J. L., *Otras Inquisiciones*, Emecé, 1952, p. 5.

¹⁵ Cfr. FOUCAULT, M., *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, Gallimard, 1975. ELIAS, N., *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Verlag Haus zum Falken, 1939.

¹⁶ VENTURI, F., *Utopia and Reform in the Enlightenment*, Cambridge University Press, 1971.

interpretación humanista de Marx»¹⁷, y es ese compromiso político el que lo lleva a estudiar la obra de Beccaria un año después de *il delitto Matteotti*, en plena efervescencia fascista en Italia. Sin embargo, la obra se publica recién en 1946 en Buenos Aires¹⁸ y en español, y se conoce en traducción italiana para el año 1960.

Más allá de que Mondolfo quiere rescatar en la segunda década del siglo xx a Beccaria como un pensador político ilustrado, es el primero en acentuar la profesión del marqués y el contexto epistemológico de *Dei delitti e delle pene* de 1764: la economía política. En ese momento se denominaba *scienze camerali* al estudio de la economía pública, a los debates impositivos, y dentro de ellos, de su enseñanza en la *Scuole Palatine* de Milán, Beccaria escribe sus dos obras más importantes: además del libro que lo hace célebre, la obra que se publica *post mortem* con el título de «*Elementi de economia pubblica*» (1804).

Leer el libro de Beccaria como la obra de un economista es uno de los legados más notables de Mondolfo¹⁹. «No hay incongruencia en una conexión entre contractualismo y utilitarismo»²⁰ dice sobre el lugar ideológico en el que se encuentra la obra de Beccaria. En la historiografía italiana diversas obras de Mario Cattaneo continuaron este devenir²¹, pero fortaleciendo la figura de Beccaria desde el punto de vista político²², así como el más reciente trabajo de Mario Pisani, pero desde el derecho penal²³.

El modelo de Beccaria era de cuño contractualista (Rousseau), donde cada ciudadano cedía una mínima parte de su libertad al Estado para la vida en sociedad y para garantizar el resto de sus libertades (el derecho a la seguridad y a la tranquilidad). Cada delito era la usurpación privada de un hombre de las porciones de libertad que habían sido depositadas por cada ciudadano en la creación del Estado Penal. Al depósito común de las libertades cedidas por los ciudadanos era menester defenderlo de las usurpaciones privadas de los propios hombres, para

¹⁷ FILIPPI, A., «Prólogo», en MONDOLFO, R.,: *La infinitud del espíritu y otros escritos de Córdoba*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2009.

¹⁸ MONDOLFO, R., *Cesare Beccaria y su obra*, Depalma, 1946.

¹⁹ Recomendando leer la contribución del Prof. Dr. h.c.mult. Eugenio Raúl Zaffaroni en este libro, titulada: «El penalismo iluminista contra el mercantilismo monetarista».

²⁰ MONDOLFO, R., *op. cit.* p. 37.

²¹ Cfr. CATTANEO, M., *Iluminismo e diritto penale*, Giuffrè, 1987.

²² Cattaneo remarca el sitio político de Beccaria en el siglo xviii, como el intelectual más exitoso de su generación en el norte de Italia, como parte del primer grupo intelectual (orgánico colectivo) de prestancia, así como padre de Giulia Beccaria, y abuelo del insigne Alessandro Manzoni. Cfr. CATTANEO, M., *op. cit.*

²³ Cfr. PISANI, M., *Attualità di Cesare Beccaria*, Giuffrè, 1998.

ello se echa mano a las penas como *motivos sensibles* que *contradeterminan* al delito. De aquí surge el derecho de punir del soberano. Pero la mayor preocupación de Beccaria fue teorizar sobre cómo punir, y aquí es donde emerge la influencia de la escuela escocesa, que en Jeremy Bentham es mucho más clara²⁴.

En nuestra era es la obra del canadiense Piers Beirne la que analiza hasta ahora con mayor enjundia a Beccaria. Rescatando su utilitarismo económico y su relación con la obra posterior de Bentham²⁵.

El utilitarismo de Beccaria sería ampliado quince años después en la magna obra de Jeremy Bentham «*Introducción a los principios de la moral y la legislación*» de 1789. Para éste, el objeto general de todas las leyes es aumentar la felicidad total de la comunidad, y para Beccaria: «la máxima felicidad dividida en el mayor número».

La idea de ver a la Ilustración penal como un todo monolítico que compartía premisas básicas de pensamiento es un engaño de la posteridad. Tanto de sus críticos y denostadores, como Ferri y el positivismo, como por parte de quienes, de alguna manera, somos tributarios del pensamiento liberal en cuanto basamento de lo que Alvaro Pires llamó «la racionalidad penal moderna»²⁶.

El nacimiento de la ciencia del *homo criminalis* demandó la destrucción de toda teorización previa, o el archivo en el desván del desuso de lo que etiquetaron como «Escuela Clásica». Semejante a la actitud del emperador Huang Ti, que nos refiere Borges, que quemó todos los libros anteriores a él y mandó a construir la muralla china²⁷. Abolir o reescribir el pasado de acuerdo con nuestra visión del presente es una actividad no menor en la historia del pensamiento.

Zaffaroni nos dice que el sello omnicompreensivo de prepositivista es algo común del positivismo. «Ninguna duda cabe, pues, acerca de que el marbete de “clásico” es de autoría positivista, extendido a todas las áreas con ése u otro nombre y, en modo alguno reducido al campo penal y criminológico. Esto no puede menos que llevarnos a sospechar inmediatamente de ese rótulo simplista y simplificador y a preguntarnos si no encierra una trampa ideológica. (...) Pues bien, si prescindir-

²⁴ Sobre la influencia de la escuela escocesa en Beccaria ver: BEIRNE, P., «Hacia una ciencia del *homo criminalis*, De los Delitos y las Penas de Beccaria» (1993), en *Nueva Doctrina Penal*, 2002 A, Editores del Puerto, p. 3. Ver también sobre Beccaria: MELOSSI, D., *Stato, Controllo sociale, Devianza*, Bruno Mondadori, 2002, p. 15, y BAILONE, M., *Tomar partido, la anticriminología a debate*, Olejnik, 2020, p. 32.

²⁵ Cfr. BEIRNE, P., *Inventing Criminology: Essays on the Rise of «Homo Criminalis»*, Suny, 1993.

²⁶ PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Larquier, 2008, p. 121.

²⁷ BORGES, J. L., «La muralla y los libros», en BORGES, J. L., *op. cit.* p. 5.

mos del marbete, veremos de inmediato que él cubría a una serie de autores que van desde Feuerbach hasta Binding y desde Beccaria hasta Carrara y Pessina, dejando a la vera del camino –más o menos púdicamente– a otros a los que parece ignorarse o descuidarse “por su menor importancia”, tales como Marat, Röder o la presencia española de Dorado Montero»²⁸.

Pero además, la tergiversación de la obra de Beccaria en particular y de la herencia de la Ilustración en general, es propia de quienes toman las banderas más nobles de aquel movimiento. La burguesía en ascenso, como principal motor de aquellas reformas liberales, pretendía que los sectores del privilegio del antiguo régimen no quedasen fuera de las reglas del capitalismo que daba origen al poder burgués. «Sus preocupaciones las llevarían a limitar la esfera de la autoridad, a circunscribirla entre límites precisos, únicamente como salvaguarda de las reglas mínimas del vivir social que pudieran garantizar el libre juego del mercado»²⁹. El movimiento ilustrado fue principalmente eso, un intento de poner límites al poder absoluto, por parte de la burguesía, que luego culmina en el positivismo cuando el poder burgués no tuvo ya necesidad de pugnar con la nobleza³⁰.

Piers Beirne afirma que los penalistas y criminólogos de la manualística contemporánea han leído el opúsculo de Beccaria como «un proyecto humanista, inspirado en la tradición de los *philosophes* franceses y motivado por la humanitaria oposición del autor a la arbitrariedad y la bárbara crueldad de la justicia criminal europea de mitad del siglo XVIII, que tiene entre sus principales objetivos la reforma de la irracionalidad judicial (incluyendo la tortura judicial y la pena de muerte) y el planteo de un enfoque utilitario del castigo basado en un cálculo del placer y el dolor»³¹. Así, es caracterizado Beccaria como el fundador de la criminología clásica, anclado en una concepción del libre albedrío del ser humano. Nada más lejano a la realidad de su pensamiento. Beccaria se refiere al libre albedrío solo en una obra menor sobre contravenciones de 1791, mientras que en *Dei delitti e delle pene* insiste en el determinismo, que «parece decididamente contrapuesto con la clásica confianza en el libre albedrío que es comúnmente atribuida a esta obra»³². Los

²⁸ ZAFFARONI, E. R., «Los llamados “clásicos” y la nueva crítica al derecho penal», en ZAFFARONI, E. R., *Navegando laberintos*, Hammurabi, 2019, p. 129.

²⁹ ANITUA, G. I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, 2007, p. 96.

³⁰ Cfr. ZAFFARONI, E. R., *Criminología, una aproximación desde el margen*, Temis, 1988. p. 116.

³¹ BEIRNE, P., ob. cit. p. 9.

³² BEIRNE, P., *idem*.

positivistas son los responsables de haber catalogado de librealbedristas a los ilustrados, así como de unificar el pensamiento en muchos aspectos disímil, de pensadores que solo compartieron la necesidad de limitar y racionalizar el poder punitivo.

Los motivos de esta lectura parcialmente distorsionada de la obra de Beccaria están menos inspirados en motivos de defenestración, que en los de rescatar de aquella centuria de las luces un modelo crítico racional del sistema punitivo así como un límite preciso al poder estatal.

La necesidad de una bandera que nos abrigara y uniera llevó a estas tergiversaciones, que tenían el noble objetivo de que el siglo XVIII, como ha dicho magistralmente Rivacoba, lejos de ser antiguo, pretérito o remoto, «conservase permanentemente presencia y coetaneidad, mientras la humanidad distinga de las cosas y respete por encima de todas ellas al individuo humano y se esfuerce por ajustarse en su organización y su vida en común a la concepción liberal de que hoy nos enorgullecemos como la más imbuida de sustancia moral que hayan elaborado las mentes y sentido los corazones»³³. La centuria de la libertad, igualdad y fraternidad, dio nacimiento al derecho penal liberal individualista, y a la «deuda perenne que tienen aún hoy para con él los derechos político y punitivo de la cultura occidental: la concepción liberal de la vida en relación; su forma exterior democrática; el sometimiento de los poderes públicos a un estatuto fijo y general, que rige, ante todo, la propia actuación estatal, y, en fin, coronando la sede donde expuesto queda el hombre a las mayores restricciones de sus bienes jurídicos más importantes, la articulación de un sistema penal respetuoso de la libertad exterior e interna del hombre, y celoso custodio de su seguridad»³⁴.

Arroyo Zapatero dice que la llegada de Beccaria a Iberoamérica se produce con retraso en el Siglo de las Luces, principalmente por la censura inquisitorial de la metrópolis³⁵. El colonialismo de ese siglo hace que los países de la América hispánica no conozcan el reformismo penal hasta la llegada de los procesos independentistas. Pero aún en la

³³ RIVACOBA, M., «La reforma penal de la Ilustración», en RIVACOBA, M., *Violencia y justicia (obras selectas)*, Universidad de Valparaíso, 2002. p. 62.

³⁴ GUZMÁN DALBORA, J. L., «Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana», publicado en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, www.cienciaspenales.net.

³⁵ Según Menéndez y Pelayo es gracias a la obra del jeronimiano Fr. Fernando de Ceballos y Mier, titulada «Análisis del libro De los delitos y las penas» de 1775, que el libro de Beccaria entra al *Index* de la inquisición española («que motivó la condenación inquisitorial»). Cfr. MENÉNDEZ Y PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, 1882.

península «las traducciones aparecían al compás de los vientos liberales»³⁶, según Zaffaroni.

Con la llegada de los procesos de independencia política aparecen los lectores de Beccaria, y también los intelectuales que pretenden traer con medio siglo de retraso el iluminismo penal a América Latina. Justamente por el momento en el que se da ese proceso de importación cultural, el influjo del utilitarismo benthamita es mucho más intenso que la versión original de *Dei delitti e delle pene*. Bentham también ejerce una tarea de divulgación epistolar con los dirigentes criollos y los juristas locales que lo coloca en el centro de la influencia intelectual.

En las Provincias Unidas del Río de la Plata tuvimos la primera tesis doctoral de penal de la Universidad de Buenos Aires sobre la obra de Beccaria y su aplicación al contexto local. Florencio Varela ejerce ese lugar de adaptador en su texto «Disertación sobre los delitos y las penas» de 1827, influenciado por su maestro Pedro Somellera, que era discípulo epistolar de Bentham³⁷.

Sin embargo, el tiempo de influencia intelectual en América iba a ser limitado, porque en las grandes capitales de Occidente, al calor del fantasma que recorre Europa, se va a ir gestando una ciencia del *homo criminalis* mucho más directa en consonancia con el paradigma positivista del conocimiento científico. El positivismo criminológico surgirá a mediados de ese siglo revolucionario, reclamado por las clases dominantes para aquietar a las masas proletarias. Y la preocupación por el humanismo quedará catalogada como «Escuela clásica» y enviada al desván del pasado.

III. Legado pasional

De la pasión por la humanidad de las penas solo quedará un fraude de etiquetas por el cual se llamarán medidas de seguridad todas las posibilidades punitivas del Estado y ya no habrá garantías que alcancen al paradigma preventivista. La pasión por el conocimiento científico del delito y sus causas será reemplazada por pronósticos de ciencia ficción que mantendrán encarcelados a los miembros más pobres y molestos de

³⁶ ZAFFARONI, E. R., «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc/mes 2, 1989, pp. 521-552.

³⁷ Cfr. SOZZO, M., «Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina», en *Nueva Doctrina penal*, Del Puerto, 2007 B, pp. 635-648.

la sociedad, que ahora se denominarán con pretensión de verdad científica, como clases peligrosas.

El siglo decimonónico será un tiempo de oscuridad para las garantías y los derechos, para las enseñanzas del Marqués humanista, y un triste preludio de los mayúsculos sufrimientos que el poder punitivo causará a la humanidad en los años por venir.

Arroyo Zapatero al frente de la *Société Internationale de Defense Sociale*, así como de la *Red Internacional de Académicos contra la Pena de Muerte*, y también de la entrega de la Medalla Beccaria, es un huracán del siglo xviii que irrumpe en pleno siglo xxi. Su estrecha relación con México y Argentina lo ponen en la huella de aquellos juristas que quedaron con su *cursus interruptus* debido al exilio y a la nunca arribada repatriación intelectual. Ahí están los puntos neurálgicos de su presente académico e intelectual, que sigue dejándonos tantas lecciones para el futuro.

MASCULINIDADES Y CRIMINOLOGÍA

ROSEMARY BARBERET

John Jay College of Criminal Justice

RAQUEL BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ

Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

Este capítulo quiere ser una reflexión sobre género, pero no en la forma en que suele hacerse hoy día, limitando las cuestiones de género a las mujeres y a lo femenino. Así, nuestra reflexión abordará las masculinidades en el ámbito de la Criminología¹. Los estudios de género estudian a las mujeres, pero también a los hombres y las masculinidades y feminidades o, en la investigación más reciente, el continuo entre masculinidades y feminidades. Sobre el tema de las masculinidades en Criminología hay muy poco escrito en España; aunque los estudios sobre mujeres son cada vez más numerosos, hay que admitir que algunos aspectos relativos al género siguen siendo, pues, poco atendidos. Y este es uno de ellos, de manera que los hombres también sufren de una gran invisibilidad en cuanto al análisis criminológico de su masculinidad. Nuestro propósito es, entonces, provocar a quien lea este capítulo y hacerle pensar en la otra cara de la moneda en relación con el género, una cara que está a la vista, pero apenas percibimos. Queremos, pues, dar a conocer este campo de las masculinidades, quizá un tanto abstracto y difuso para muchos investigadores, y tratar de aterrizarlo en preguntas de

¹ Este capítulo parte de una conferencia de clausura impartida por la primera autora en el Simposio de Investigación Criminológica celebrado en Albacete en 2015. El simposio tenía como temática, «Abriendo Nuevos Caminos, Creando Redes» y, aparte de este impulso tan revitalizador, nos sirvió de reencuentro: nos habíamos conocido en Albacete, como profesora y alumna, en la segunda promoción del Máster en Criminología en la Universidad de Castilla-La Mancha en 1992. Expresamos nuestro profundo reconocimiento a Luis Arroyo, Catedrático de Derecho Penal y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha en aquel entonces, y Cristina Rechea Alberola, Catedrática de Psicología Jurídica y la primera directora de aquel Máster, por haber arriesgado e innovado sembrando la semilla de la Criminología manchega en ese momento, que ahora es una clara tradición y orgullo.

investigación criminológica concretas que puedan ser estimulantes para trabajos futuros, pues de eso se trataba cuando se planteó la conferencia que fue el germen de este capítulo: abrir caminos y crear redes.

En primer lugar, abordaremos, brevemente, cómo se han desarrollado los estudios de género en Criminología; después, esbozaremos los temas más importantes de la investigación en masculinidades y sus implicaciones aplicadas en la disciplina y, finalmente, propondremos preguntas de investigación para el futuro.

II. Sexo, género y Criminología

El sexo y el género son conceptos centrales en toda ciencia social, y la Criminología es una ciencia social. El sexo se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres: cromosomas, órganos reproductivos, genitales internos y externos, hormonas y características sexuales secundarias. El género se refiere a las cualidades de la masculinidad o la femineidad como se interpretan en la sociedad, así como la sexualidad² y como las personas se construyen y se identifican a sí mismas. Ambos son, en cierta medida, maleables. El sexo está determinado por la naturaleza, pero definido por la sociedad y sujeto a intervención (hormonal o quirúrgica). El género es auto y socialmente construido. Los límites entre sexo y género son cada vez más borrosos: en el pasado, se pensaba que el sexo era un concepto estático e inmutable, mientras que el género era altamente maleable. Hoy en día, desde la perspectiva de género, se sostiene que el sexo, igual que el género, es fluido, no estático. Sin embargo, en las ciencias sociales todavía se diferencia entre sexo y género para tratar de entender los procesos que influyen en su desarrollo, sus manifestaciones y su impacto en otros fenómenos sociales.

El sexo y el género son, de igual modo, aspectos centrales para la comprensión de la delincuencia y la victimización y, también, en la organización de las instituciones penales. En primer lugar, es indiscutible la mayor participación de los hombres en delitos. De hecho, si alguien quisiera apostar en un momento dado por el sexo de quien ha cometido un acto delictivo cualquiera, ganaría en el 90% de las veces si apostara porque ha sido un hombre. Es decir, el sexo es la variable que mejor predice la participación en delitos y, también, las carreras crimi-

² CONNELL, R. W., *Gender*. Polity Press, 2002.

nales largas y severas. Casi nos parece natural que sea así y por eso no llegamos a cuestionarlo. Sin embargo, es un dato relevante, siempre presente en cualquier trabajo sobre delincuencia y que sigue sin investigarse en profundidad. En segundo lugar, el sexo es también clave en el sistema penal debido a la segregación física tradicional y a la diferenciación de hombres y mujeres delincuentes en todo el proceso de justicia penal³. La cárcel, por ejemplo, como cualquier institución total, es un lugar donde se segrega fuertemente a hombres y mujeres. España es de los pocos países donde hay algo de mezcla en las prisiones entre hombres y mujeres (módulos mixtos, módulos familiares) y, en eso, nuestro sistema es pionero e innovador. Pero en la mayoría de los países hay una segregación total y absoluta: las mujeres por un lado y los hombres por otro. Esa separación se hace exclusivamente por sexo genital. En sociedades que se han ido abriendo a la diversidad, se está cuestionando qué se debe hacer con las personas transgénero y qué criterios utilizar para internarlas bien en prisiones de mujeres o prisiones de hombres o, quizá, en módulos específicos. También España es avanzada al respecto y permite desde 2006 que las personas trans elijan el destino de acuerdo con su identidad de género, que debe ser confirmada por el personal sanitario.

Y ¿qué ocurre con el género? La trayectoria teórica de género ha avanzado desde quizás lo más elemental y, aparentemente obvio, que son las diferencias sexuales, hacia un enfoque centrado en los roles de socialización por sexo, para llegar a una conceptualización del género como expresión y como proyecto, como espectáculo en flujo. En este sentido, el género no es solo un concepto, un sustantivo. El género es también un verbo. Nos referimos a lo que se ha denominado «doing gender»⁴. Desde esta perspectiva, las personas estamos actuando sobre un escenario, el escenario social, y realizamos género en las interacciones, de acuerdo con guiones que la sociedad ha ido creando. El género es pues una acción social y está siempre en proceso, influida por los dictados sociales sobre cómo debemos mostrarnos y comportarnos en diferentes contextos. Esta es una perspectiva eminentemente sociológica y se entiende que la feminidad y masculinidad son atributos de género que varían dentro y entre las culturas⁵.

³ BARBERET, R., *Women, crime, and criminal justice: A global enquiry*, Routledge, 2014.

⁴ WEST, C./ZIMMERMAN, D. H., «Doing gender», en *Gender and Society*, 1(2), 1987, pp. 125-151.

⁵ Bose, C. E./Kim, M. (Eds.), *Global gender research: Transnational perspectives*. Routledge, 2009.

Sexo y género –junto con raza, etnia y clase social– forman parte de la estratificación social en jerarquías mediante las cuales las sociedades clasifican a las personas y atribuyen valor a su identidad y a su comportamiento. Las ciencias sociales analizan la estratificación examinando las relaciones de poder subyacentes. La Criminología feminista está particularmente interesada en las relaciones de poder por género. La desigualdad de género se considera, pues, una forma de opresión social, junto con otras formas de opresión como el racismo o el clasismo. Además, estas opresiones operan interseccionalmente, es decir, someten a las personas a la vez por su adscripción social por sexo, género, raza, etnia, clase social, etc. Y la pregunta que se formulan quienes hacen investigación social es: ¿quién se beneficia de esta forma concreta de organización de la sociedad? En general, el beneficio redunda en quienes tienen el poder. En el caso de la justicia penal, en quienes tienen el poder de definir lo que es sancionable y controlarlo.

La gran investigadora de las masculinidades es Raewyn Connell⁶ quien introdujo el concepto de género como sistema y también como espectáculo. Su teoría encaja bien en la Criminología crítica y en la Criminología feminista, porque tiene muy presente el tema del poder. Creó conceptos claves como *relaciones de género*, *masculinidad hegemónica* y *dividendo patriarcal*. Para la autora, el entramado de relaciones de poder, económico-productivas y afectivosexuales que resulta de la desigualdad entre mujeres y hombres y la perpetúa, conforma un régimen de género. Hay regímenes de género en los que, en un momento dado y dependiendo de cada contexto cultural, hay una masculinidad hegemónica o dominante. Luego existen masculinidades subordinadas, feminidades subordinadas o cómplices y también feminidades y masculinidades de protesta o desviadas.

La masculinidad hegemónica no es un rasgo de personalidad o una forma de carácter personal de las personas, no es una forma de ser, sino un conjunto de prácticas sociales que todas las personas en un determinado contexto social legitimamos y justificamos, incluso las mujeres, aunque pertenecemos a un grupo subordinado. Son prácticas que favorecen el patriarcado, lo legitiman y mantienen la subyugación de las

⁶ CONNELL, R. W., *Gender*, Polity Press. 2002. CONNELL, R. W., *Masculinidades*. México: UNAM. 2003, disponible en <http://www.eme.cl/wp-content/uploads/Libro-Masculinidades-RW-Connell.pdf>. CONNELL, R., «Hombres, masculinidades y violencia de género», en Cruz Sierra, S. (Ed.), *Vida, muerte y resistencia en Ciudad Juárez. Una aproximación desde la violencia, el género y la cultura*, pp. 1-20. 2013, disponible en <https://colef.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1014/562/2/2-VIDA%20MUERTE%20Y%20RESISTENCIA-Lectura.pdf>

mujeres. Estas prácticas varían culturalmente: la masculinidad hegemónica en España va a ser muy distinta de la masculinidad hegemónica, por ejemplo, en Estados Unidos; la masculinidad hegemónica en prisión, por ejemplo, va a ser muy distinta de la masculinidad hegemónica en un barrio determinado. Pero en cada sociedad existen unas prácticas hegemónicas, una especie de ideal de masculinidad que domina todo el sistema de género y a la que aspiran todos los hombres. Muchos hombres nunca llegarán a esa masculinidad porque, en gran parte de las sociedades, implica asumir riesgos innecesarios, adoptar una sexualidad hetero, ser el principal proveedor de bienes y recursos, mostrarse dominante y agresivo, estar en el centro del poder y en la cúspide. La masculinidad hegemónica se refiere a todas las prácticas sociales que permiten alcanzar ese ideal, y es un ideal para todos los hombres, aunque algunos no lleguen nunca a demostrarlo o se frustren enormemente intentando ejercerla. ¿Por qué subsiste esta masculinidad hegemónica que resulta en la dominación de todas las personas que se alejan de ese ideal o no pueden alcanzarlo? Para Connell existe y persiste porque genera un *dividendo patriarcal* que beneficia a todos los hombres. Gracias a esta masculinidad hegemónica son hombres quienes dirigen las grandes empresas, tienen mayor acceso al empleo, ocupan el espacio público, social y político, y siguen teniendo las riendas de la sociedad. De este dividendo patriarcal se benefician (o creen que se benefician) *todos* los hombres, aunque ellos no formen parte de la élite de poder. Les conviene, pues, formar parte de esta práctica social.

La teoría de las masculinidades es todavía una teoría «menor» en Criminología, pues el género en la Criminología es, generalmente, invisible: asumimos que las teorías que han sido creadas por hombres son aplicables a las mujeres incluso cuando solo se basan en estudios con muestras exclusivas de hombres. Gran parte de nuestro conocimiento criminológico se refiere exclusivamente a los hombres. Y las teorías dominantes se basan en la experiencia masculina, pero sin examinar el papel que juega la masculinidad en la delincuencia, la victimización y el control social. El hombre es conceptualizado como «la persona», como «el ser humano», como sujeto activo, neutral, primordial, sin que nos demos cuenta de que estamos hablando de personas representando o escenificando ciertos guiones, guiones de masculinidad. Gracias a esta supuesta universalidad de «el hombre», la Criminología ha sido y aún es «ciega al género» y las cuestiones que plantean quienes trabajan en masculinidades parecen irrelevantes, extrañas o ideologizadas a buena parte de quienes hacen Criminología.

III. Masculinidades y delincuencia

Como hemos señalado con anterioridad, los chicos se implican más en actos delictivos o antisociales que las chicas y estas tendencias perduran en la edad adulta. Los datos oficiales son muy claros al respecto, ya sea en estadísticas policiales, de sentencias o penitenciarias. La diferencia es especialmente marcada en los delitos violentos y los delitos muy graves, como los delitos financieros o la corrupción. El porcentaje de mujeres en prisión se sitúa en torno al 7% de la población penitenciaria en el mundo⁷. Algunos han creído que las estadísticas están sesgadas porque los operadores jurídicos son caballerosos con las mujeres, pero los datos de autoinforme en jóvenes confirman la brecha entre mujeres y hombres. Por ejemplo, los trabajos del grupo del *International Self-Report Delinquency study* (ISRD), que en España han sido llevados a cabo por el Centro de Investigación en Criminología de la UCLM (CIC), ha puesto de manifiesto que también existe brecha de género en delincuencia juvenil autoinformada. Es cierto que las diferencias en el ISRD son menores que las que se detectan en datos oficiales, básicamente porque se miden muchas conductas antisociales poco graves y normativas (como haber tomado alcohol o haberse colado en algún sitio sin pagar), pero la diferencia entre chicas y chicos es grande en conductas como peleas en grupo, uso de armas o robos con violencia⁸. Uno de los primeros trabajos en España que tuvo como objetivo conocer mejor la delincuencia juvenil de chicos y chicas, y que fue el inicio de una línea de investigación sobre la brecha de género que aún está activa, se llevó a cabo en el CIC y fue publicado en la obra colectiva *Estudios de Criminología II*, coordinada por los profesores Luis Arroyo, Juan Montañés y Cristina Rechea⁹.

Esta brecha de género es, pues, universal y mantenida en el tiempo. Sin embargo, la Criminología se ha interesado poco por esta cuestión. Y aquí surgen dos preguntas importantes: ¿por qué los hombres delinquen más? y ¿por qué algo tan evidente y constante no se investiga apenas?

⁷ WALMSLEY, R., *World Female Imprisonment List (fourth edition)*, Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London. 2017. Disponible en <https://www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition>

⁸ BARTOLOMÉ, R., «Delincuencia juvenil autoinformada», en FERNÁNDEZ-MOLINA, E., y BARTOLOMÉ, R., *Delincuencia y justicia juvenil en España ¿qué sabemos?*. Tirant lo Blanch. 201, p. 33.

⁹ MONTAÑÉS, J./BARTOLOMÉ, R./LATORRE, J. M./RECHEA, C., «Delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina», en ARROYO, L., MONTAÑÉS, J. y RECHEA, C., *Estudios de Criminología II*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

Algunos han recurrido a cuestiones biológicas para responder a la primera pregunta. De acuerdo con ello, la falta de investigación respondería a una negativa a aceptar que «ser hombre» es el principal riesgo potencial de delincuencia; a no ser que se asuma que delinquir es un signo de normalidad o, incluso, de superioridad, como hicieron algunos criminólogos clásicos. Aún hoy día, que las mujeres no delincan se ve como reflejo de una naturaleza distinta, rara. Y aquellas mujeres que delinquen son vistas como seres doblemente anormales, en cuanto mujeres y en cuanto mujeres delincuentes. Especialmente anormales son las mujeres que cometen delitos violentos muy graves; como se pudo observar en el tratamiento que los medios hicieron de Lorena Bobbitt durante su juicio.

Pero, entonces, si la cuestión no es ser hombre o ser mujer, ¿cómo explicar la mayor delincuencia entre los hombres? Podríamos preguntarnos si el hombre cuando delinque actúa de acuerdo con algo criminógeno en su construcción personal y social de la masculinidad. Pero esta es una pregunta también incómoda ¿Por qué? Porque en la Criminología gran parte de los estudios glorifican al delincuente, o nos fascinan con la imagen del delincuente creativo, innovador, el que actúa, el que logra o no logra su propósito. Las personas que delinquen son nuestro objeto de interés y, además, nos resultan interesantes, y en gran medida son hombres. Sutherland, por ejemplo, en *Ladrones profesionales*¹⁰ (1993/1937), junto con el ladrón Chic Conwell, nos cuenta la vida de un ladrón profesional y sienta las bases de su teoría de asociación diferencial. Leemos esta obra clásica como análisis del proceso de aprendizaje de la delincuencia, de cómo se asocia el ladrón con otros ladrones, de las parejas que tiene, cómo justifica sus actos, en fin, de su propia moralidad. Pero todo es un relato enormemente varonil; sin embargo, no lo examinamos como tal. Cohen, que sí puso a su libro como título los *chicos delincuentes* (1955)¹¹, y muchos otros teóricos subculturalistas como Miller (1958)¹² admiten claramente que sus teorías se refieren a chicos, a la problemática de los chicos de clase obrera, en particular, y de su obtención de estatus mediante el uso de la delincuencia. Pero su análisis de la masculinidad no es sofisticado o reflexivo, sino que la ven como un hecho natural, obvio, estático y, podríamos decir, esencialista.

¹⁰ SUTHERLAND, E. H., *Ladrones profesionales*. Ediciones Endymion, 1993.

¹¹ COHEN, A. K., *Delinquent boys: The culture of the gang*. Free Press, 1955.

¹² MILLER, W., «Lower-class culture as a generating milieu of gang delinquency», *Journal of Social Issues*, 14, 1958, pp. 5-19.

Es interesante que, desde Lombroso hasta la obra de Freda Adler, se argumentó que si las mujeres delinquen será porque se masculinizan. Así pues, diversos teóricos, muy alejados en el tiempo y en sus formas de entender la delincuencia, se dieron cuenta de que la masculinidad es maleable: la pueden ejercer las mujeres. Es decir, dado que no se comportan de acuerdo con los guiones sobre la feminidad ¡realmente no son mujeres!. Lombroso¹³ las examinaba y dibujaba y concluyó que eran propensas a delinquir porque tenían rasgos masculinos. Y Freda Adler (1975)¹⁴ mantuvo que el movimiento de liberación de la mujer estaba favoreciendo que las mujeres se masculinizaran, lo que acabaría derivando en una explosión de delincuencia por parte de las mujeres liberadas a todos los niveles. Adler predijo que veríamos violencia cometida por mujeres y veríamos delincuencia de cuello blanco gracias al movimiento de liberación de la mujer. No ha sido así, pero, socialmente, no importa mucho y cada vez que aparece en la prensa algún tipo de delito violento o muy dañino por parte de una mujer parece confirmarse la creencia falaz del comienzo de una ola de delincuencia femenina tremendamente peligrosa para el mundo.

En la actualidad, la pregunta que se hacen los teóricos del género es: la masculinidad hegemónica, ¿podría ser criminógena?¹⁵ Connell no trata específicamente la delincuencia, pero da ideas muy sugerentes sobre cómo entender el fenómeno delictivo en relación con la masculinidad, que han sido desarrolladas principalmente por Messerschmidt (2014)¹⁶. Lo que la teoría propone es que el riesgo no está en ser hombre sino en ciertas formas de masculinidad. ¿Cómo surge entonces la delincuencia en el esquema de Connell? Argumenta que la masculinidad hegemónica es criminógena porque es marcadamente agresiva y dominante. Así, la masculinidad hegemónica la construyen, la realizan, la ejercen, en Estados Unidos por lo menos, los grandes políticos corruptos, los deportistas famosos que maltratan a sus mujeres, los cantantes de *hip hop* con su fuerte misoginia, los banqueros y también, la policía que responde con brutalidad. La masculinidad hegemónica es la que ejercen las personas de poder. Pero, por otro lado, la delincuencia común sale de las masculinidades subordinadas: aquellas que resul-

¹³ LOMBROSO, C./FERRERO, E. G., *La donna delinquente: La prostituta e la donna normale*, Torino: L. Roux, 1893.

¹⁴ ADLER, F., *Sisters in crime: The rise of the new female criminal*. McGraw-Hill, 1975.

¹⁵ ANDERSON, T./DALY, K./RAPP, L., Clubbing masculinities and crime: A qualitative study of Philadelphia nightclub Scenes. *Feminist Criminology*, 4(4), 2009, pp. 302-332.

¹⁶ MESSERSCHMIDT, J., *Crime as structured action: Doing masculinities, race, class, sexuality, and crime*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2014.

tan de la opresión y marginación y que generan una enorme frustración. Dicha masculinidad se ve débil por otros hombres y también por las mujeres, porque el sexismo afecta a toda la sociedad. Para compensar esta frustración, se genera una masculinidad de protesta marcada por lo hipermasculino, lo hiperagresivo, la delincuencia, la violencia frecuentemente acompañada de una heterosexualidad compulsiva, misógina y homófoba.

IV. Masculinidades y justicia penal

Las leyes, instituciones, políticas, profesionales, eventos y creencias están influidas por el género. La cárcel es, sin lugar a duda, por su marcada división sexual, un lugar de grandes diferencias de género en lo que se espera de las personas presas, siendo la domesticación de las mujeres gran parte de la labor de las cárceles de mujeres¹⁷. Pero la perspectiva de género es mucho más provocativa en sus planteamientos y argumenta que todo el aparato jurídico penal, que aparentemente es «objetivo» o «neutral» en cuanto a género, –policía, abogacía, proceso penal, juicios, sentencias y ejecución penal– es de creación masculina y está fuertemente masculinizado: es frío, hostil, rígido, excluyente, punitivo, y poco emotivo o dialogante.

De acuerdo con la propuesta de Connell, el aparato jurídico penal, compuesto mayoritariamente por hombres en posiciones de poder, surge y existe para controlar a todas aquellas personas con menos poder. Hace falta un sistema autoritario y, aparentemente, objetivo y racional para que los hombres de poder controlen a los hombres de menos poder, que en muchos casos son racializados, pues ya hemos señalado que distintas formas de opresión operan juntas. Controlar a estas poblaciones de personas frustradas y dañadas que delinquen parece de «justicia» si son considerados objetivamente problemáticos, alterados, anti-sociales, etc.

Desde la perspectiva crítica y, también, desde la perspectiva de los derechos humanos, tanto penalistas como criminólogos y organizaciones civiles han luchado por acabar con las penas crueles e inhumanas, abolir la cadena perpetua y la pena de muerte y poner freno al punitivismo. El profesor Arroyo Zapatero ha participado activamente en esta lucha. Según sus propias palabras, le ha movido la pasión por la equi-

¹⁷ ALMEDA, E., *Mujeres encarceladas*, Ariel, 2003.

dad; por conocer cómo el sistema penal trata a los grupos más vulnerables, entre los que destacan las víctimas de la violencia de género y de la discriminación racial; por poner de manifiesto el encarcelamiento masivo sobre las personas en situación de marginación. Defiende, pues, la necesidad de una política criminal humanista¹⁸. Y se ha hecho eco en algunos trabajos de cómo por un intento de racionalizar la Ley penal, se endureció la ejecución penitenciaria, dando lugar a estancias más largas en prisión y favoreciendo la sobrepoblación penitenciaria en España¹⁹.

El feminismo jurídico se inserta en la criminología crítica y, acorde con ello, también ha defendido la abolición de la prisión. Desde este movimiento se considera que las respuestas que ofrece el sistema penal no son satisfactorias ni apropiadas para las mujeres que delinquen, pero tampoco para la violencia que sufren. Creen que el sistema es demasiado hostil y excluyente. Pero ¿realmente es así? Vale la pena explorarlo bien y, para ello, es del mayor interés contrastar los sistemas penales occidentales con aparatos de justicia creados por mujeres en algunas regiones del mundo, por ejemplo, África y Asia. En los Tribunales creados por mujeres en sus comunidades han primado más el diálogo y las emociones morales, como la vergüenza (véase Potthoff, 2019²⁰ para un análisis crítico) que la aplicación de normas formales. Cuando contrastamos lo que tenemos en la sociedad occidental con algunas experiencias en la creación de otras formas de instituciones penales, desde Tribunales, aparatos de control e incluso alternativas reales al encarcelamiento, nos encontramos con instituciones menos frías, menos despersonalizadas, más tendentes al control social informal y a inculcar valores. Quizá estos sistemas caen en el esencialismo sobre lo que es femenino, y habría que tener precaución con ello, pero cuando los comparamos, nuestro sistema que tanto nos gusta porque es garantista, porque es normativo, porque lo podemos estudiar y «objetivar», porque nos parece neutro y justo, de pronto también se nos muestra como ajeno a las personas y a su identidad, con gran capacidad para dañar y es-

¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, 385, 2013, pp. 5-26; ARROYO ZAPATERO, L., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021; ARROYO ZAPATERO, L., «Las tres pasiones de las Ciencias Penales», *Revista Criminología Nueva Época*, 87, 2020.

¹⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, pp. 15-26.

²⁰ POTTHOFF, S., «Interpretations of justice: Conceptions of family and gender justice at a Nari Adalat (Women's Court)», en *South India. Social & Legal Studies*, 28(6), 2019, pp. 755-773.

casa para reparar y nos hace reflexionar sobre posibles reformas desde la óptica de género.

Desde luego, entre los colectivos de operadores jurídicos existen subculturas masculinizadas muy constatadas, sobre todo, en la literatura de países de habla inglesa²¹, siendo el ejemplo más claro la policía. No nos sorprende, por tanto, que, en ninguna parte del mundo, las mujeres alcancen la paridad en los cuerpos policiales, a pesar de los esfuerzos por cambiar esta situación. Ni siquiera estableciendo pruebas físicas específicas se consigue estimular el acceso de mujeres; de hecho, existe un estancamiento en muchos países, entre ellos España, y ninguna reforma ha conseguido favorecer el acceso. En la obra comentada con anterioridad, *Estudios de Criminología II*, Gonzalo Jar abordaba la cuestión de la incorporación de la mujer a la Guardia Civil²². Más de 20 años después, la judicatura sí ha cambiado, pero la policía, junto con el ejército, se mantienen fuertemente masculinizados y conforman culturas profesionales en las que se valora, especialmente, la fortaleza física y el estilo dominante. Pero, en realidad, el trabajo policial es bastante rutinario y aburrido; no se está siempre corriendo detrás de delincuentes ni forcejeando. De manera que el estado físico no es tan primordial. Lo sabemos (y ellos lo saben) porque gran parte de los policías hombres no están en forma en muchas partes del mundo y envejecen, de manera que, paulatinamente, se alejan del «ideal» de policía que supera ciertas pruebas físicamente exigentes para acceder al cuerpo. Dado que no se está consiguiendo la paridad en esta profesión, en ningún lugar del mundo, Natarajan (2008)²³ mantiene que la creación de unidades de policía de mujeres es la forma más prometedora para incrementar el número de mujeres policías alrededor del mundo y responder, especialmente, a la violencia contra las mujeres de una forma sensible al género. Muchos países han experimentado con dichas unidades, sobre todo en América Latina, y actualmente, la criminóloga Kerry Carrington (2020)²⁴, quien las ha estudiado en Argentina, propone establecerlas en Australia.

²¹ NEWBURN, T./STANKO, E., *Just boys doing business? Men, masculinities, and crime*, Routledge, 1994.

²² JAR COUSELO, G., *La mujer en la Guardia Civil*, en ARROYO, L., MONTAÑÉS, J., y RECHEA, C., *Estudios de Criminología II*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

²³ NATARAJAN, M., *Women police in a changing society: Back door to equality*, Routledge, 2008.

²⁴ CARRINGTON, K./GUALA, N./PUYOL M P./SOZZO M., «How Women's Police Stations empower women, widen access to justice and prevent gender violence», *International Journal for Crime Justice and Social Democracy*, 9 (1), 2020, pp. 42-67.

V. Masculinidades, miedo al delito y victimización

Pero este dominio tiene costes y desde la Criminología feminista se argumenta que la masculinidad hegemónica tiene un precio y este precio son daños diversos para mujeres y hombres. En el caso de los hombres, sufren una mayor victimización (excepto en violencia sexual y homicidios en relaciones de pareja) por parte de otros hombres, más muertes accidentales por riesgos prevenibles, por suicidio y por no buscar ayuda, así como problemas sociosanitarios como el abuso de drogas y el sinhogarismo. Esto nos lleva a sugerir que quizá esta masculinidad no es la idónea y que habría que cambiarla: no por una cuestión de paridad, sino de equidad, puesto que beneficiaría a toda la sociedad y, en particular, a los hombres. Es una estrategia bastante innovadora para el cambio social. Ya sabemos por la amplia investigación en violencia de pareja que esta idea de un cambio en la masculinidad repercutirá en menos victimización de las mujeres. Lo que argumentan los teóricos de masculinidades es que esta masculinidad hegemónica que valora la agresividad, el riesgo y la dureza emocional, genera muertes, genera lesiones, genera costes económicos, genera familias dañadas; genera muchas situaciones que realmente no benefician a muchos hombres, aunque permite que sean los hombres (algunos hombres) los que dominan la política, la economía y conforman la élite de poder en la sociedad.

Como hemos dicho anteriormente, salvo ciertos delitos, sabemos que la mayoría de las víctimas son hombres y lo son a manos de otros hombres. Sin embargo, casi nunca investigamos a los hombres que son víctimas de los delitos. Algunos sectores del feminismo consideran que preguntarnos por la victimización que sufren los hombres puede hacernos olvidar lo más importante: que haya una atención suficiente para mujeres víctimas de violencia de género. No nos olvidamos de un objetivo prioritario de la lucha feminista, sino que defendemos que el camino hacia una sociedad más equitativa e inclusiva, más saludable, pasa porque reconozcamos los daños que acarrear determinadas formas de masculinidad y femineidad y ofrecer los recursos necesarios y oportunos en todos los casos.

De acuerdo con la investigación criminológica, sabemos que los hombres manifiestan menos miedo al delito que las mujeres y que no acuden a servicios para víctimas tanto como las mujeres. Todos los años la primera autora divide a sus alumnos en clase en Nueva York en dos grupos y les hace realizar una auditoría de seguridad de campus y

que anoten los sitios donde tienen miedo. Establece los grupos por sexo y los manda a observar el campus. Vuelven con fotos con sus móviles. Los chicos nunca tienen miedo de nada. Las chicas anotan muchos lugares donde tienen miedo y te dicen lo mal que lo han pasado, el poco alumbrado que hay en el sótano de esta facultad y los rincones donde las pueden asaltar. Los chicos vuelven aburridos con la tarea y como mucho se sacan fotos fingiendo ataques en zonas oscuras. Cuando se les pregunta, pero bueno ¡estuvisteis en el mismo sitio! ¿No tuvisteis miedo los chicos? dicen que no. Pero es que miedo no es una palabra que les guste. Cuando preguntamos en un cuestionario, ¿Tienes miedo al ir por la calle de noche?, que es una pregunta muy sencilla, lleva implícita una connotación de género y de masculinidad que rechazan. Esto hace que nuestras preguntas no estén midiéndolo mismo en mujeres y hombres y que no podamos saber con seguridad si es que no tienen miedo o si es que, quizá, no quieren admitirlo, y eso ya es una pequeña arruga en la investigación que interesa concretar. Recientemente se ha publicado una investigación demostrando que, efectivamente, los hombres no quieren admitir su temor cuando utilizamos las preguntas convencionales sobre miedo al delito²⁵. Quizá la palabra miedo no sea la que debemos de utilizar. Ansiedad tampoco; la ansiedad, desde luego, es territorio femenino. Se podría pensar en otros términos como incómodo o inseguro.

De la misma forma nos preguntamos si los servicios para víctimas se han feminizado demasiado porque los hombres no acuden a dichos servicios. Las oficinas de la víctima son para toda la ciudadanía, pero acuden más mujeres que hombres. La misma palabra víctima es femenina en español. Por eso muchas mujeres se resisten a definirse como víctimas, porque la palabra implica pasividad y lo femenino y optan por denominarse supervivientes. Como consecuencia de todo ello, los hombres que son víctimas de delitos están bastante desatendidos²⁶. ¿Qué cambios habría que introducir en esas oficinas para que los hombres acudan? ¿Sería necesario cambiar su denominación porque los hombres rechazan lo que implicar ser víctima?

²⁵ CHOI, J./MERLO, A., «Gender identification and the fear of crime: Do masculinity and femininity matter in reporting fear of crime?», *Victims & Offenders*, 16(1), 2021, pp. 126-147.

²⁶ DEPRAETERE, J./VANDEVIVER, C./VANDER BEKEN, T./KEYGNAERT, I., «Big boys don't cry: Synthesis of male sexual victimization», *Trauma, Violence and Abuse*, 21(5), 2020, pp. 991-1010.

VI. Metodología y masculinidad

Connell nos describe los regímenes de género, abarcando lo emotivo, lo político, lo económico y sobre todo lo discursivo, porque gran parte de estas investigaciones son análisis de discurso, estudios cualitativos, de entrevistas y grupos de discusión. En el estudio de las masculinidades realmente prima el método cualitativo y, sobre todo, el análisis discursivo de políticas, de campañas, de entrevistas y de lo que proyectan los medios de comunicación.

En relación con la metodología, ya hemos hablado de que nuestros ítems sobre miedo al delito están mal conceptualizados. Pero en otros muchos temas de investigación puede haber problemas de validez y fiabilidad si lo que preguntamos a los hombres implica admitir o hacer concesiones de debilidad. Si realmente creemos en esta idea de una masculinidad hegemónica a la que aspiran todos los hombres, en la que admitir que uno es débil, que uno llora, que uno ha sido lesionado o que uno ha sido víctima de otra persona, te deja fuera de la masculinidad ideal, nuestros resultados pueden no ser válidos ni fiables. La identidad como víctima es incompatible con la masculinidad hegemónica. Esto quiere decir que habría que replantear la atención a los hombres víctimas, como ya hemos señalado, pero también que a la hora de medir e investigar la victimización de los hombres, el lenguaje en nuestras entrevistas o en nuestros cuestionarios tiene que cambiar. Todo esto entronca con la escuela de interacción simbólica en Criminología y con una tendencia nueva que es la Criminología narrativa. La Criminología narrativa es la que intenta comprender, sobre todo en entrevistas personales, por qué la persona narra lo que está narrando. No solo analizamos lo que nos cuenta una persona, sino por qué nos cuenta eso que nos está contando. Cuando narramos algo estamos proyectando una imagen nuestra que queremos que los demás conozcan. Claro está, dependiendo de la pregunta, dependiendo de quién es el entrevistador y dependiendo de qué trate el estudio, la narración puede diferir. Quien hace investigación debe tener mucho cuidado al abordar temas que son incompatibles con la masculinidad. Por ejemplo, en las narraciones de situaciones en las que ocurren daños, al ser incompatible la victimización con la masculinidad, los hombres tienen tendencia a minimizar los daños ocurridos o a reinterpretar su propia debilidad personal y demonizar al agresor. Eso se hizo patente en los acontecimientos de Ferguson en 2014: en ese suceso el policía mantenía que Michael Brown no era únicamente un hombre, sino que era un hombre negro, grande

que «iba a por él». Junto con el racismo, esta es una forma masculina de narrar una situación de temor ante una posible victimización sin perder su masculinidad y sin admitir que tenían miedo. En Ferguson, el policía nos quiso convencer de que estaba delante de un monstruo. Para muchos hombres, policías blancos, eso tiene mucha resonancia y es una enorme excusa para el uso de la fuerza letal en EUA. Curiosamente, cuando vemos las campañas contra la violencia de género, en pocos casos se demoniza al maltratador. Solemos ver carteles con la mujer víctima, con señales de maltrato en el rostro o en el cuerpo, pero es más raro ver imágenes del agresor. Las mujeres, en sus narraciones, tampoco utilizan la estrategia demonizar al agresor, pero los hombres sí. Lo hacen porque eso les permite justificar que corrían «objetivamente» peligro, pues el otro era «más grande y fuerte»²⁷, sin admitir que tenían miedo.

VII. Críticas e implicaciones

La teoría de las masculinidades no está exenta de críticas y si bien queremos provocar intelectualmente en este capítulo, no queremos ser ciegas a esas críticas. En primer lugar, se ha cuestionado su lógica circular, tautológica, según la cual «Los hombres delinquen por su masculinidad y la masculinidad se asocia a la delincuencia porque quienes delinquen son hombres.» Es decir, no se logra definir lo que es la masculinidad hegemónica sin hacer referencia al comportamiento de los hombres. Por tanto, la teoría tiende al esencialismo y no explica por qué no todos los hombres son violentos (o por qué algunas mujeres lo son). Por otra parte, esta teoría es antipositivista, con lo cual no estamos hablando de crear una escala psicométrica para medir los conceptos, porque se trata de una práctica social. Eso hace que sea realmente difícil definir en cada sociedad qué es la masculinidad hegemónica. Quizá más importante es la cuestión de cómo incentivamos el cambio. Si tenemos claro que la masculinidad hegemónica no es sana, y que sin embargo todos los hombres aspiran a ella, ¿cómo estimulamos el cambio? Los hombres, como grupo, tienen mucho que perder. Ganarán también, porque habrá menos delitos, ellos serán menos victimizados, correrán menos riesgos que comprometen su salud y su vida. Pero per-

²⁷ Para un análisis reciente de la intersección entre raza y masculinidades en la respuesta policial, véase el análisis excelente de CARLSON, J., «Police warriors and police guardians: Race, masculinity, and the construction of gun violence», *Social Problems*, 67(3), 2020, pp. 399-417.

derán alguna cuota de poder. ¿Cómo se podría facilitar que una persona o grupo ceda el poder? Con las mujeres, el cambio pasa por empoderarlas. Que se divorcien, que se formen, que consigan un empleo, que se presenten a cargos políticos. Eso significa que ¿tendríamos que desempoderarlos por su propio bien? También nos podríamos preguntar si quizás los hombres *deberían* tener más miedo dado que tienen mayor riesgo de victimización, pero no usan estrategias de autoprotección. ¿Tendría sentido incrementar el miedo que sienten o favorecer que lo reconozcan para protegerlos? Estos planteamientos generan enormes críticas, cuando no un rechazo cerval, pero sirven para desvelar, precisamente, las jerarquías sociales, las relaciones de dominación/sumisión que tantas veces son negadas.

Para quienes trabajan en masculinidades, las masculinidades son modificables, pero se reflexiona con cuidado sobre cómo modificarlas y para qué tipo de resultados esperados. Deuchar y Welde (2019)²⁸, por ejemplo, nos sugieren que podemos reducir la delincuencia de pandillas fomentando una masculinidad sana y Barker (2005)²⁹ y Walsh (2020)³⁰ nos animan a explorar la relación entre la victimización y la violencia masculina, teniendo en cuenta la construcción de la masculinidad. Recogemos aquí algunos ejemplos de ONGs que trabajan para construir y promover masculinidades sanas. ONU Mujeres³¹ ha creado la campaña *HeForShe* donde se mantiene que los hombres pueden beneficiarse mucho de la igualdad de género. Tienen que ser partícipes en proyectos de igualdad porque permite una mejora de la salud individual y comunitaria y de la convivencia social; y también porque todos los hombres tienen madres, tienen hermanas, tienen hijas al fin y al cabo y deberíamos de estar unidos en una lucha que busca la equidad y el respeto a los derechos humanos. En Estados Unidos hay una asociación muy conocida que se llama Men Can Stop Rape³², los hombres puede frenar la violación, pues quizá sería más fácil que lo hicieran los hombres, ¡si pudiéramos convencerlos! En Canadá existe desde hace mucho tiempo el White Ribbon Campaign³³ que es un movimiento de hombres por

²⁸ DEUCHAR, R./WELDE, R. D., «Journeys in gang masculinity: Insights from international case studies of interventions», *Deviant Behavior*, 40(7), 2019, pp.851-865.

²⁹ BARKER, G. T., *Dying to be men: Youth, masculinities, and social exclusion*, Routledge, 2005.

³⁰ WALSH, C., «The utility of a psycho-social approach for understanding and addressing male youth violence: The interface between traumatic experiences and masculinity», *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, 29(2), 2020, pp. 186-205.

³¹ ONU Mujer-HeForShe Campaign: <http://www.heforshe.org/>

³² Men Can Stop Rape: <https://mcsr.org/> y National Organization of Men Against Sexism, EUA www.nomas.org

³³ White Ribbon Campaign: <http://www.whiteribbon.ca/>

igualdad de género. En España, existe la Red Iberoamericana y Africana de Masculinidades³⁴ y algunas otras iniciativas³⁵, como la asociación Masculinidades Beta o la Asociación de hombres por la igualdad de género, pero, en general, hay poca investigación y poco activismo en este terreno.

Hay quien es poco optimista y cree que «los hombres serán hombres» y las cosas no cambiarán en relación con la masculinidad. Sin embargo, hay algunos indicios de que las cosas ya están cambiando en algunos países. Para Fernández-Molina y Bartolomé (2020)³⁶, el marcado descenso de la delincuencia juvenil entre los chicos en España, que también está ocurriendo en otros países de nuestro entorno, podría ser un reflejo de cómo la sociedad ha avanzado en igualdad, lo que estaría favoreciendo que más chicos construyan y expresen su masculinidad sin recurrir a la delincuencia.

VIII. Vías de investigación

¿Qué vías podrían existir para la investigación en Criminología sobre masculinidades? Pensamos que el campo está muy poco trabajado en España y animamos a pensar en las posibilidades que se abren para la investigación. Por un lado, ¿cuáles son las masculinidades españolas? ¿Cómo influye la masculinidad en la comisión de delitos, no solamente la violencia de género, sino delitos de hombres contra otros hombres? ¿Quiénes son las víctimas varones, cómo lo experimentan, como lo cuentan, como se les atiende? ¿Quiénes son los trabajadores del aparato jurídico penal y como demuestran la masculinidad? ¿Están masculinizadas nuestras instituciones jurídicas y nuestra política criminal? ¿En qué contexto se desarrolla la masculinidad: ¿por ejemplo, es importante el grupo de iguales? ¿Cómo se podría replantear lo que es la masculinidad desde la infancia para que sea una masculinidad más sana? ¿Cómo interactúa la masculinidad con otras opresiones como extranjería, clase social, etnia, raza? ¿Cómo prevenimos la delincuencia o intervenimos con los delincuentes teniendo en cuenta la masculinidad? ¿Cómo adap-

³⁴ Red Iberoamericana y Africana de Masculinidades RIAM <http://redmasculinidades.blogspot.com.es/>

³⁵ Masculinidades Beta: <https://masculinidadesbeta.org/%E2%8C%82> y Asociación de hombres por la igualdad de género: <https://ahige.org/>

³⁶ FERNÁNDEZ-MOLINA, E./BARTOLOMÉ, R. (2020), «Juvenile crime drop: What is happening with youth in Spain and why?», *European Journal of Criminology*, 17(3), 2020, pp. 306-331.

tar las intervenciones o las campañas de acuerdo con la fuerte presión que existe entre los hombres para comportarse de una manera muy concreta y no caer en el ridículo? Quienes hacen Criminología sensible al género son quienes atienden y analizan el género en lo criminológico, imaginan lo que sería la igualdad y luego piensan en la aplicabilidad de todas estas investigaciones para la práctica.

NEL RICORDO DI UNA RECENTE CONFERENCIA DI LUIS ARROYO: SPUNTI SUI DIFFICILI RAPPORTI TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E NORME PUNITIVE ANTI-COVID

ALESSANDRO BERNARDI

I. Qualche felice ricordo

Mettersi alla tastiera per un lavoro destinato agli scritti in onore di Luis Arroyo Zapataro significa, per gli studiosi della mia generazione dedicatisi al diritto penale comparato e al diritto penale europeo, rian-dare col ricordo agli anni d'oro della nostra carriera universitaria, col-locabili approssimativamente tra gli anni '80 del secolo scorso e il primo decennio di questo secolo.

Sono stati, quelli, gli anni felici precedenti non solo all'attuale pandemia e al conseguente auto-isolamento, ma anche alla crisi econo-mica mondiale iniziata nel 2007; crisi che ha cambiato il nostro modo di fare ricerca, riducendo i fondi universitari e diradando i convegni e i progetti internazionali, dunque anche gli incontri tra quei gruppi di penalisti dei Paesi europei tesi a confrontare i rispettivi ordinamenti, a elaborare principi comuni e regole condivise, a favorire processi di ar-monizzazione ed europeizzazione del diritto penale.

Erano gli anni del massimo impulso delle due grandi organizzazioni a carattere regionale. Gli anni nei quali, con la disintegrazione dell'U-nione Sovietica e la caduta della cortina di ferro, il Consiglio d'Europa si trovò in breve tempo a più che raddoppiare i suoi Stati membri; gli anni nei quali più o meno la stessa cosa fece l'Unione europea, mentre era intenta a evolvere da entità meramente economica a entità politica fondata su valori e principi comuni; gli anni in cui pensavamo di adot-tare una vera Costituzione europea e sentivamo tutti di accingerci a far parte di un qualcosa di molto simile a uno Stato federale.

In quegli anni mi capitava di andare spesso a Toledo: non solo perché Toledo è una bellissima città in cui ci si reca sempre volentieri, ma soprattutto perché l'Università di Castilla-La Mancha era, indiscutibilmente, uno dei più importanti centri deputati allo sviluppo del diritto comparato ed europeo. In questa Università c'era (e tutt'ora c'è) un agguerrito gruppo di penalisti dediti a iniziative scientifiche prestigiose, con i quali è stato facile affiatarsi e diventare amici; e a capo di questi penalisti c'era (e tutt'ora c'è) Luis Arroyo Zapatero, per quindici anni anche Rettore dell'Università.

II. Quello che mi colpì di Luis Arroyo

Di Luis Arroyo da subito mi colpirono l'attitudine organizzativa e la grande empatia. Ma poi, quando ebbi la fortuna di conoscerlo meglio, furono soprattutto altre due qualità ad affascinarmi.

La prima è il suo interesse al passato, coniugato all'attenzione per il presente e alla curiosità verso il futuro. Desiderio di approfondire la storia del diritto penale, volontà di contribuire alla costruzione di un sistema penale al passo coi tempi, voglia di immaginare le prossime evoluzioni delle scienze criminali: questa è, essenzialmente, la prima cifra qualitativa di Luis Arroyo.

La seconda qualità è la sua capacità di arricchire il diritto penale con continui richiami non solo alle altre branche del diritto, ma anche, più in generale, alla storia, alla politica, alle scienze, alle arti (letteratura, pittura, musica). Il suo diritto penale è dunque, innanzitutto, un diritto penale «culturale». Tendenza a immettere nelle scienze penali massicce dosi di cultura nel senso più ampio del termine: questa è, dunque, la seconda cifra qualitativa di colui al quale il presente, modesto scritto è dedicato.

Queste cifre le ho puntualmente ritrovate nella Conferencia Interactiva «El derecho penal durante y después del COVID-19» tenuta da Luis Arroyo il 27 maggio 2020¹: a tale conferenza intendo collegarmi idealmente in questo scritto, nel quale mi soffermerò brevemente sul tema dei difficili rapporti tra norme anti-COVID e principio di legalità in «materia penale»².

¹ Reperibile in <https://www.facebook.com/INACIPEOFICIAL/posts/10157638765078842/>; nonché in https://www.facebook.com/watch/live/?v=594832354782505&ref=watch_permalink.

² Si allude qui al concetto di «materia penale ai sensi della CEDU», che come noto abbraccia la massima parte del diritto sanzionatorio, ivi comprese le sanzioni punitive amministrative

III. I molti problemi in «materia penale» connessi all'attuale epidemia

Questa terribile pandemia, per vero, ha posto infiniti problemi al diritto penale. Alcuni di questi problemi li ho accennati in un precedente scritto³, e su di essi non intendo qui ritornare. Penso, in particolare, alla questione dello spazio riconoscibile alla scriminante dello stato di necessità sia nei confronti degli autori di taluni reati realizzati a causa o comunque nel quadro della crisi economica e sociale determinata dal COVID, sia nei confronti dei medici che, in quanto privi di adeguati presidi sanitari nei primi mesi dell'epidemia, si rifiutavano di curare i pazienti ammalati per paura di contagiarsi; al complesso rapporto tra responsabilità politica e responsabilità penale in relazione ai soggetti politici in posizione apicale accusati di negligenza nella gestione della pandemia; all'ostico tema della causalità e della colpevolezza in relazione ai reati di lesioni e omicidio imputati a talune categorie di soggetti (amministrativi, personale medico e paramedico deputato alla cura dei contagiati, datori di lavoro, ecc.) chiamati in vario modo a confrontarsi col COVID e alle polemiche suscitate dai progetti di scudo penale nei loro confronti; alla problematica esigenza di rafforzare la tutela degli individui vulnerabili e delle persone impegnate nella lotta al COVID rispetto a certi reati a fine di lucro (truffe, furti ecc.) favoriti dall'emergenza epidemica. Ma anche molti altri problemi di rilievo penale legati al nuovo coronavirus sono stati in questo anno di pandemia affrontati e progressivamente approfonditi dalla dottrina. Basti pensare al problema legato alla c.d. «scelte tragiche» derivanti dalla inadeguatezza delle risorse sanitarie rispetto al numero dei malati, sulle quali molti studiosi (e lo stesso Luis Arroyo nel corso della sua succitata, splendida *Conferencia*) si sono soffermati.

Per parte mia, in questa sede vorrei accennare appena a taluni problemi posti in relazione al principio di legalità in «materia penale» dalle molteplici norme punitive finalizzate a contrastare l'epidemia. L'idea

dotate di un certo coefficiente di afflittività. In argomento cfr., innanzitutto, Delmas-Marty M. (dir.), «La matière pénale au sens de la Convention européenne des droit de l'homme, flou du droit pénal», a cura del *Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 824 ss. Cfr. altresì PALIERO C. E., «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; nonché, più di recente e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Donini M., Foffani L. (dirs.), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018.

³ Cfr. BERNARDI A., «Il diritto penale alla prova della COVID-19», in *Diritto penale e processo*, 2020, p. 441 ss.

di fondo da cui muovo è presto detta: come il COVID ci ha messo di fronte a problemi non solo medici, ma anche sociali, politici, etici, filosofici ed economici tuttora al centro di aspre controversie, così questa maledetta epidemia porta con sé una serie di problemi in tema di legalità che al momento appaiono estremamente ostici o addirittura quasi insolubili. Non deve quindi destare meraviglia se di tali problemi non sarà offerta la chiave per una loro soddisfacente soluzione.

IV. Principio di legalità e norme punitive anti-COVID

Il COVID, ormai lo sappiamo, ha innescato in molti Stati una rapida e a volte addirittura frenetica produzione di testi normativi penali e penal-amministrativi di contenuto diverso.

La Spagna e l'Italia appartengono, ben lo sappiamo, al novero di questi Stati. Quanto alla Spagna, basti qui accennare al fatto che, stante il moltiplicarsi dei contagi, è stato sancito col Decreto reale del 14 marzo 2020 uno *estado de alarma* che il 22 marzo il Governo ha continuato a prorogare ogni 15 giorni fino al 21 giugno 2020, e che prevedeva nei confronti dei trasgressori severe sanzioni amministrative e sanzioni penali a carattere sia pecuniario che detentivo⁴; e che il 29 marzo dello stesso anno venne decretato l'obbligo assoluto di rimanere in casa per tutti coloro che non svolgevano lavori essenziali⁵. Successivamente la normativa spagnola in materia ha continuato ad aumentare. Tra i testi più importanti va ricordato il regio decreto-legge n. 21 del 9 giugno 2020, che concerne le misure urgenti di prevenzione, contenimento e coordinamento per affrontare la crisi sanitaria causata dal COVID, e che stabilisce specifiche regole destinate ad applicarsi per l'intera durata della crisi sanitaria causata dal COVID, una volta scaduto (come sopra ricordato, il 21 giugno) lo stato di allarme e le misure straordinarie stabilite in base ad esso. Inoltre, per contenere la seconda ondata del COVID, il governo spagnolo ha nuovamente dichiarato –il 25 ottobre 2020– lo stato di allarme su tutto il territorio nazionale fino al 9

⁴ Cfr., per tutti, GÁMEZ SELMA A., «¿Qué sanciones pueden imponerse en caso de incumplir las obligaciones y mandatos del Estado de Alarma?», in <https://blogs.publico.es>; *amplius* AMOEDO-SOUTO C.-A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», in *Coronavirus*, numero monografico di *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, marzo-aprile 2020, pp. 66 ss.

⁵ Cfr., tra gli altri, MARCOS J., «El Gobierno amplía el confinamiento: «Los trabajadores de actividades no esenciales deberán quedarse en casa», in *El País*, 28 marzo 2020; id., «Paralizada toda actividad no esencial en España», in *El País*, 29 marzo 2020.

novembre 2020 (termine poi portato al 9 maggio 2021), con conseguente possibilità di ricorrere a misure eccezionali finalizzate alla tutela della salute⁶.

Ancora più articolata, concitata e farragginosa è comunque stata la produzione normativa italiana volta a introdurre prescrizioni comportamentali per la lotta all'epidemia. A partire dal 31 gennaio 2020 si è proceduto, infatti, al varo in Italia di moltissime fonti giuridiche *ad hoc*: non solo decreti-legge, ma anche ordinanze ministeriali nonché addirittura ordinanze regionali ritagliate sulle specifiche esigenze dei rispettivi territori e spesso destinate a mutare nel volgere di pochi giorni. Queste fonti hanno introdotto un numero esorbitante di norme contenenti precetti (in un primo tempo supportati da misure punitive di natura prevalentemente penale) che limitavano in modo radicale le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini. Successivamente, sebbene il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19⁷ abbia depenalizzato la massima parte delle violazioni delle norme cautelari in precedenza introdotte, il nuovo trattamento sanzionatorio per esse previsto non si è certo ammorbidito; anzi, la trasformazione delle sanzioni penali in sanzioni amministrative è stata effettuata per rendere la risposta punitiva più certa e rapida, dunque più carica di effetti deterrenti. Nei mesi successivi sono poi stati varati ulteriori testi normativi, a partire dal decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33⁸, che ha modificato la disciplina punitiva prevista in caso d'inosservanza delle misure anti-COVID.

La girandola delle misure cautelari –indirizzate ora a singole categorie di soggetti, ora a chiunque si trovi sul territorio italiano– è diventata addirittura frenetica quando in Italia si è deciso di attribuire alle singole zone del territorio nazionale (spesso, ma non sempre, coincidenti con le singole Regioni) diversi colori (bianco, giallo, arancione, rosso). Questi colori sono capaci di mutare anche con grande frequenza in base a tutta una serie di parametri pensati per monitorare l'evoluzione della pandemia e per valutare la capacità di ogni zona di riuscire a farvi fronte⁹; e, naturalmente, a seconda del diverso colore momentaneamente attribuito a ciascuna zona del territorio nazionale, corrispondono norme cautelari anti-contagio più o meno severe.

⁶ Cfr. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, *por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, in <https://www.boe.es/boe/dias/2020/10/25/pdfs/BOE-A-2020-12898.pdf>.

⁷ Poi convertito, con modifiche, nella legge 22 maggio 2020, n. 35.

⁸ Poi convertito nella legge 14 luglio 2020, n. 74.

⁹ Al riguardo, la scelta del colore dipende essenzialmente da tre elementi: l'analisi del rischio, l'indice R_t e l'incidenza settimanale dei contagi.

Quello spagnolo e quello italiano sono solo due dei molti esempi di come gli Stati europei, abbiano adottato tutta una serie di testi normativi di contrasto al COVID; si tratta di testi certo diversi da un Paese all'altro, ma pressoché ovunque caratterizzati da frequenti modifiche e dalla fretteolosità della loro redazione.

Questo repentino fenomeno di «ipertrofia normativa» ha posto a volte problemi di legalità per quanto concerne il versante «storico-politico» di quest'ultima¹⁰, volto a stabilire quale sia l'organo legittimato a varare norme penali, di regola individuato dagli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale nel Parlamento nazionale, donde il principio di riserva di legge. Ma soprattutto ha posto quasi ovunque problemi in relazione al versante «storico-universale» della legalità in «materia penale», che attiene, come noto, alla prevedibilità delle conseguenze derivanti sul piano sanzionatorio dalle proprie condotte. Prevedibilità, come vedremo, derivante non solo dalla chiarezza e precisione delle norme, ma anche dalla loro stabilità e dalla loro effettività.

1. Le deroghe al principio di riserva di legge nella produzione normativa volta a contrastare l'epidemia

Quanto al versante «storico-politico» della legalità, la consapevolezza di vivere una situazione emergenziale e l'avvertita esigenza di adattare rapidamente le norme per adeguarle all'evolversi dell'epidemia ha pesantemente inciso –specie ma non solo in Italia– sulla scelta delle fonti giuridiche da utilizzarsi, diverse da quelle consuete suggerite dal principio di riserva di legge. Tale mutamento si è avuto –a volte– anche senza che sia stato invocato lo «stato di eccezione» (del resto in alcune Costituzioni¹¹ non previsto); e nemmeno senza che siano state ufficialmente invocate le altre situazioni che, nei singoli ordinamenti nazionali, giustificano deroghe al normale assetto dello Stato e delle sue garanzie.

Certamente, rispetto alla molto discussa marginalizzazione dei Parlamenti nazionali nel varo della norme anti-COVID, con conseguente sacrificio (o rimodulazione) della riserva di legge nel delicatissimo set-

¹⁰ In merito alla distinzione tra versante «storico-politico» e versante «storico-universale» del principio di legalità cfr., fondamentalmente e per tutti, PALAZZO F., *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 205 ss.

¹¹ Tra le quali quella italiana.

tore delle libertà e diritti individuali¹², è indubbio che a questo fenomeno ha contribuito anche il fatto che in un lasso di tempo brevissimo si sia passati da una situazione di normalità a una situazione emergenziale che ripropone la ben nota contrapposizione tra stato di diritto e stato di eccezione teorizzata da Carl Schmitt¹³. Del resto, il primo sentimento suscitato dall'epidemia è senz'altro la paura, che più di ogni altro si presta a mettere in pericolo le istituzioni democratiche. Sul piano sostanziale non sembrano dunque essere mancate le ragioni di necessità e urgenza atte a legittimare la rinuncia alle garanzie del vaglio parlamentare a favore di altri metodi di produzione normativa.

Vero quanto appena detto, è un dato di fatto che in alcuni Stati si è effettuata una eccessiva concentrazione nelle sole mani del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁴ e/o del Ministro della salute del potere di varare norme sanzionatorie talora anche formalmente penali su questioni delicatissime, per le quali sarebbe stato senz'altro più appropriato il ricorso a strumenti più democraticamente legittimati. Così come risulta molto criticabile che –quantomeno in Italia– i Presidenti delle Regioni e financo i sindaci comunali siano stati, in certi momenti, trasformati di fatto in legislatori penali e paradossalmente gravati, in taluni casi limite, financo di veri e propri «obblighi di incriminazione»¹⁵.

2. *La insufficiente conoscibilità delle norme sanzionatorie anti-COVID e l'imprevedibilità della loro applicazione*

Quanto poi al versante «storico-universale» della legalità va premesso che, a causa di una pluralità di fattori che vanno dalla rapida evoluzione dell'andamento dell'epidemia ai contrasti scientifici e poli-

¹² In merito a tale marginalizzazione cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina italiana, AZZARITI G., «Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione», in *Costituzionalismo.it*, fasc.1/2020, pp. I ss.; GATTA G. L., «Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare», in *Sistema penale*, 16 marzo 2020; MAZZAROLLI L. A., «'Riserva di legge' e 'principio di legalità' in tempo di emergenza nazionale», in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020; RUGGERI A., «Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta», in *Diritti regionali*, 21 marzo 2020, par. 3.2.

¹³ SCHMITT C., «*Teologia politica*», in id., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972 (ma 1922).

¹⁴ Cfr., limitatamente all'Italia, CELOTTO A., *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, Mucchi, 2020, pp. 44-45. AZZARITI G., «Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione», cit., p. III.

¹⁵ In argomento cfr. RUGA RIVA C., «La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali», in *Sistema penale*, 24 marzo 2020, par. 1, *in fine*.

tici circa le soluzioni migliori per combatterla, i tratti salienti delle fonti normative introdotte dalla massima parte degli Stati per contrastare la pandemia sono stati (e a volte tuttora sono) la provvisorietà e la mutevolezza.

Ora, per le ragioni qui di seguito riassunte, il varo a ritmo continuo di testi normativi a carattere intrinsecamente provvisorio concernenti vincoli comportamentali a carico non solo di singole categorie di soggetti (quali, ad esempio, i gestori di bar, ristoranti, palestre, piscine) ma anche di tutti i cittadini ha avuto pesanti ricadute. Queste ricadute concernono, in particolare: la reale possibilità di conoscere tali testi, la qualità delle relative norme (dove una ulteriore difficoltà di conoscerne il reale contenuto), i processi di uniformazione della loro interpretazione (funzionali alla chiarificazione del «diritto vivente»), la loro effettività e, di riflesso, la prevedibilità delle loro modalità applicative.

A. IL CARATTERE TRANSEUNTE DELLE NORME ANTI-COVID E IL SUO NEGATIVO INFLUSSO SULLA LORO CONOSCIBILITÀ

La necessità di sapere quali siano gli obblighi di legge a carico di ciascun individuo implica –non solo ma specialmente nel vasto ambito della «materia penale ai sensi della CEDU»– l'esigenza di una certa stabilità delle norme. L'esperienza di questi mesi ci ha fatto capire una volta per tutte quanto la conoscibilità dei precetti sia correlata alla loro stabilità. In occasione sia della prima che delle successive ondate dell'epidemia, in alcuni Paesi europei persino chi si è occupato quasi a tempo pieno della normativa anti-COVID ha fatto fatica a recepire e introiettare tutte le disposizioni a carattere cautelare via via introdotte. Oltretutto, l'esigenza della stabilità normativa è tanto maggiore quanto più i divieti abbracciano comportamenti in tempi normali ritenuti del tutto legittimi se non addirittura incoraggiati dall'ordinamento giuridico (saluti affettuosi, frequentazione di pubblici esercizi, trasferimento da un luogo all'altro, attività sportive, ludiche, congressuali ecc.). In questi casi, la obiettiva difficoltà per il comune cittadino di assimilare i nuovi precetti aumenta ulteriormente in caso di continua revisione degli stessi, con conseguente aumento del rischio di incorrere in sanzioni. L'unica soluzione atta a favorire la conoscibilità dell'esatto contenuto dei precetti anti-COVID sarebbe dunque quella di coniugarne per quanto possibile eccezionalità e stabilità, cristallizzandoli per tutto il periodo dell'emergenza pandemica. Ma si potrebbe obiettare che una

tale soluzione si scontra con l'imprevedibile mutevolezza del decorso dell'epidemia e con l'esigenza che divieti dotati di ricadute così rilevanti sui diritti e libertà individuali, oltretutto sull'economia in generale, restino in vigore solo nel circoscritto arco di tempo in cui appaiono strettissimamente necessari, vale a dire nelle fasi più acute dell'epidemia. In sostanza, in tempi di COVID quella stabilità normativa tanto utile alla conoscibilità delle relative prescrizioni appare davvero difficile da ottenere.

B. LE CONSEGUENZE DELLA FRETTOSITÀ DEL LEGISLATORE SULLA QUALITÀ E CONOSCIBILITÀ DELLE NORME ANTI-COVID

È assoluta ovvietà ricordare lo strettissimo nesso esistente tra determinatezza e conoscibilità dei precetti in materia penale. Una eguale ovvietà è sottolineare quanto la qualità formale delle norme sia negativamente condizionata dalla fretta nella loro redazione e adozione. In molti Stati, la normativa anti-COVID offre un inesauribile campionario di esempi al riguardo¹⁶. Basti qui ricordare, per quanto concerne l'Italia, la formula rinvenibile all'art. 1, lett. b), dell'ordinanza del Ministero della salute 20 marzo 2020 per individuare i limiti dell'attività motoria consentita ai cittadini durante il primo *lockdown*. In base a questa norma era infatti ammesso solo circolare «in prossimità della propria abitazione». Ora, è di tutta evidenza che il concetto di «prossimità» è straordinariamente vago, e dunque tale da conferire in capo all'organo accertatore della eventuale violazione un amplissimo potere discrezionale che, se in certi casi può essere utilizzato al meglio per vagliare i plurimi parametri utili a supportare una valutazione di sussistenza o meno di tale requisito, in altri casi può avallare veri e propri abusi, del resto frequentemente segnalati dagli organi di stampa. In questo senso, pur con tutti i suoi limiti, appare senz'altro preferibile la scelta effettuata dal legislatore francese, il quale «in applicazione dello stato di urgenza sanitaria» aveva consentito l'attività motoria effettuata a fini salutistici «entro un raggio massimo di un chilometro attorno al domicilio»¹⁷. È verosimile ritenere che l'indeterminatezza della norma

¹⁶ Cfr., limitatamente all'Italia, CASTRONUOVO D., «Il diritto penale “al tempo della peste”», in *Diritto virale*, vol. II *Reazioni dell'ordinamento giuridico all'emergenza da Coronavirus*, Università di Ferrara, 2020; CUPPELLI C., «Emergenza COVID-19: dalla punizione degli ‘irresponsabili’ alla tutela degli operatori sanitari», in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020.

¹⁷ *Attestation de déplacement dérogatoire*, in <https://www.defense.gouv.fr>, 30 marzo 2020.

italiana sopra ricordata, e di molte altre norme qui impossibili da menzionare, sia frutto proprio della frettezza nella loro redazione. A meno di non ritenere, con una dottrina acuta e un po' provocatoria, che il «messaggio normativo vago», talora rinvenibile nelle fonti in materia fosse voluto, risultando funzionale al fatto «che nessuno potesse sapere quali fossero i limiti della libertà di movimento e che nessuna autorità dell'enforcement operasse alla stregua di rigorosi parametri giuridici»¹⁸. Nonostante queste critiche, la successiva normativa sanzionatoria italiana anti-COVID¹⁹, varata anche questa volta in tutta fretta, ha riproposto pari pari la stessa formula: «è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione».

C. L'INSUFFICIENTE UNIFORMAZIONE PER VIA INTERPRETATIVA DELLE NORME ANTI-COVID IN RAGIONE DELLA LORO PROVVISORIETÀ

Come ovvio, e come ormai appurato, la carenza di chiarezza e precisione di molte delle norme anti-COVID –dovuta come si è detto anche alla frettezza con cui vengono redatte– ha dato luogo a vistose discrasie applicative. Ora, queste discrasie sono tanto più profonde quanto più i ridottissimi tempi di vigenza dei precetti in questione tendono a impedire quei tradizionali fenomeni di convergenza per via interpretativa del contenuto delle norme in questione. Infatti questi fenomeni di convergenza –che, come noto, concorrono in misura significativa alla conoscibilità dei precetti così come recepiti nel «diritto vivente»– sovente avanzano «per tentativi ed aggiustamenti successivi, nel corso dei quali l'intervento» degli organi apicali della giustizia penale e amministrativa, «reca[no] un contributo decisivo»²⁰. Peccato che la breve durata di molte delle norme anti-COVID, in concorso con i tempi spesso assai lunghi dei procedimenti penali e financo dei procedimenti sanzionatori amministrativi, siano di ostacolo a questi fenomeni di natura giurisprudenziale. Va dunque ribadito che la carenza di determinatezza delle norme anti-COVID e il loro circoscritto tempo di

¹⁸ Cfr. PAPA M., «Decreti e norme vaghe tradotte sui media: la comunicazione che inquina il diritto», in *Il Dubbio*, 21 aprile 2020.

¹⁹ Si allude al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2020.

²⁰ PALAZZO F., «La colpa medica: un work in progress», in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020.

vigenza concorrono a impedire di superare per via ermeneutica le incertezze in merito all'effettivo contenuto di tali norme.

D. LA CARENTE EFFETTIVITÀ DELLE NORME ANTI-COVID: RIFLESSI SULLA CONOSCIBILITÀ DELLE CONDOTTE VIETATE

Da ultimo, intendo sottolineare come taluni caratteri peculiari delle norme anti-COVID tendano a compromettere l'effettività di queste ultime e financo, di riflesso, la loro conoscibilità.

Il primo di questi caratteri è l'assoluta assenza di disvalore che in situazioni normali hanno la massima parte delle condotte proibite dalle norme di contrasto alla pandemia. Tali condotte, infatti, risultano «'fisiologicamente' collegate ai rapporti sviluppati all'interno della società»²¹, cosicché solo vi sia sul territorio un grave picco epidemico esse possono essere avvertite, quantomeno da una larga maggioranza dei cittadini²², come davvero disdicevoli in quanto capaci di porre in serio pericolo beni giuridici di rango primario quali la salute e la vita²³.

Il secondo di questi caratteri è la molteplicità e tendenziale onnicomprensività dei divieti anti-COVID. Questi divieti infatti comportano spesso forme generalizzate di confinamento sociale nell'ambito delle quali anche una semplice passeggiata o l'incontro coi vicini di casa costituiscono trasgressioni punite con sanzioni di tipo penale o amministrativo. Tutto ciò implica una complessa (e difficoltosa) rete di controlli capaci di garantire l'effettività di tali divieti, così da intimidire i potenziali trasgressori.

Il terzo di questi caratteri è la intrinseca provvisorietà delle misure imposte per limitare i contagi, dovuta sia alla temporaneità di ogni epidemia sia alla loro succitata onnicomprensività, dunque alla gravità dei sacrifici da esse richiesti. Sacrifici tali da inibire il rispetto continuativo di misure tanto severe e atte a compromettere la tenuta economica di molti nuclei familiari (oltre che degli Stati) e la tenuta psicologica di una larga parte dei soggetti a cui sono indirizzate.

²¹ DE FRANCESCO G., «Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica», in *La legislazione penale*, 23 aprile 2020, p. 4.

²² Stante l'appurata inevitabile esistenza di una certa percentuale di cittadini «negazionisti» che ottusamente rifiutano di ammettere la gravità del COVID.

²³ Unica condizione, questa, perché i divieti incidenti sui diritti e libertà fondamentali non vengano avvertiti come sproporzionati per eccesso.

Ora, la coesistenza di questi tre caratteri (ma anche di altri qui impossibili da menzionare dettagliatamente) fa sì che, specie ma non solo nel lungo periodo, «Il rispetto fedele dell'attuazione delle misure [anti-COVID] non [sia] la norma ma l'eccezione»²⁴. Infatti, anche a prescindere dalla percentuale dei «negazionisti radicali» –diversa da Paese a Paese, ma comunque ovunque non trascurabile– all'interno di ogni Stato sono in molti a ritenere che in certi casi la situazione pandemica non sia poi così drammatica da richiedere privazioni tanto gravose, e che dunque talune trasgressioni siano socialmente ammissibili o comunque giustificate ai propri occhi.

Studi statistici effettuati in diversi Paesi europei confermano quanto appena detto. Così, in Italia nei giorni immediatamente seguenti all'introduzione l'11 marzo 2020 delle misure più restrittive, si sono registrate ben 115.738 denunce penali²⁵ mentre le sanzioni amministrative irrogate erano nell'ordine di molte migliaia al giorno²⁶. Quanto alla Spagna, «durante il mese più rigido di quarantena (...), dal 14 marzo al 14 aprile 2020, la polizia nazionale ha segnalato 527.000 multe di cittadini che hanno violato lo stato di allarme»²⁷.

È comunque di tutta evidenza che i numeri appena citati rappresentano una minima frazione delle violazioni realmente commesse, le quali verosimilmente vengono ovunque realizzate da una percentuale assai elevata di cittadini²⁸. Al riguardo, una indagine svolta nel Regno Unito su molte centinaia di londinesi ha rivelato che «la stragrande maggioranza (92,8%) dei partecipanti non ha aderito a tutte le regole del distanziamento sociale e quasi la metà (48,6%) si è impegnata in una non-aderenza intenzionale alle regole»²⁹. Realisticamente, risultati non dissimili potrebbero riscontrarsi in molti altri Paesi europei; co-

²⁴ PAUL E., RIDDE V., «Évaluer les effets des différentes mesures de lutte contre le Covid-19, mission impossible ?», in *The Conversation*, <https://theconversation.com/evaluer-les-effets-des-differentes-mesures-de-lutte-contre-le-covid-19-mission-impossible-135060>, 5 aprile 2020.

²⁵ Tutte queste denunce concernevano la violazione dell'art 650 c.p. («Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità»): cfr. MOLINARI P., «In Italia è record di multe. Ancora troppi in strada», in <https://www.agi.it/cronaca/news/2020-04-06/coronavirus-multe-8218739/>.

²⁶ *Ivi*.

²⁷ SERRANO SARMIENTO Á., «COVID-19 e incumplimiento de normas», in <https://online.ucv.es/resolucion/covid-19-e-incumplimiento-de-normas/>.

²⁸ Anche se, altrettanto verosimilmente, il numero e la gravità delle violazioni commesse dai singoli cittadini è assai variabile, essendo correlata alla diversa attitudine a trasgredire le norme legali.

²⁹ HILLS S., ERASO Y., «Factors associated with non-adherence to social distancing rules during the COVID-19 pandemic: a logistic regression analysis», in *BMC Public Health*, <https://bmcpubhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-021-10379-7>, 2021.

sicché è quasi sicuro che, almeno rispetto a una parte delle norme anti-COVID, la cifra nera delle relative violazioni sia altissima.

A questo stato di cose contribuisce indubbiamente anche la scarsa portata intimidante di tali regole, dato che l'alto livello di ineffettività delle norme che le contengono risulta ulteriormente favorito dalla già accennata difficoltà per gli Stati di creare, in tempi brevi, efficaci meccanismi di controllo dei comportamenti tenuti dai destinatari delle norme in questione e dalla parallela difficoltà di assegnare a tali controlli, per tutto il tempo di vigenza di tali norme, una adeguata parte della polizia nazionale. E infatti in Italia (ma anche in altri Paesi europei) si è passati da periodi in cui la polizia controllava minuziosamente il rispetto almeno delle più importanti norme anti-COVID³⁰ a momenti in cui – spesso in coincidenza con la momentanea diminuzione dell'allarme sociale dovuta all'attenuarsi dei picchi epidemici – la stessa polizia diradava o addirittura evitava i controlli, contribuendo così a innalzare ancor più il grado di ineffettività di tali norme. A titolo di esempio, e sempre limitatamente all'Italia, merita di essere ricordato che il 1° novembre 2020 i giornali nazionali hanno pubblicato allarmanti articoli secondo i quali tre milioni di cittadini stavano violando l'obbligo di isolamento domiciliare³¹ senza che lo Stato fosse in grado di irrogare ad essi le relative sanzioni. Anche in altri Paesi europei, comunque, il problema della (non di rado insufficiente) attività di controllo del rispetto delle norme in materia è assai avvertito³². In definitiva, in certi Stati (e specialmente in quelli in cui le norme anti-COVID tendono a essere modificate con maggiore frequenza) la prassi applicativa ha a volte favorito non solo la loro sottovalutazione da parte dei destinatari, ma addirittura la falsa impressione che queste norme fossero state abrogate. Un esempio emblematico di questo stato di cose è offerto dall'attuale situazione italiana. Il continuo cambiamento di colore delle singole zone del Paese, che può avvenire ogni 15 giorni o financo ogni settimana, comporta un parallelo cambiamento di regole che ormai quasi nessun cittadino riesce più ad assimilare compiutamente, complice anche la consapevolezza che i controlli sono poco frequenti e

³⁰ Ad esempio, il rispetto delle norme che vietano lo spostamento dei cittadini da una zona all'altra dello Stato, per evitare l'incremento dei contagi.

³¹ Obbligo, questo, a carico dei soggetti risultati positivi al SARS-CoV-2, nonché ai soggetti che hanno avuto stretti contatti con soggetti positivi.

³² Cfr. ad esempio, in relazione alla Francia, SOYEZ F., «Covid-19, ou l'obligation de respecter les normes d'hygiène et de sécurité en magasin», in <http://www.officieldesreseaux.fr/actualites/veille/covid-19-ou-lobligation-de-respecter-les-normes-dhygiene-et-de-securite-en-magasin/>.

che le sanzioni risultano non sono troppo severe, sempre che mai esse siano davvero applicate.

Vengo al punto: il versante storico-universale del principio di legalità in materia penale, focalizzato sulla conoscibilità dei fatti vietati e delle loro conseguenze sul piano sanzionatorio, concerne non solo il momento della redazione delle relative norme (chiarezza e precisione delle stesse) e il momento della loro interpretazione (prevedibilità delle loro modalità applicative), ma anche il momento della loro concreta vigenza³³. Se i comportamenti imposti dalle norme anti-COVID, spesso già di per sé mal accettati da una parte della popolazione, cambiano di continuo e risultano (almeno in certi periodi) poco controllati, le relative norme vedono gravemente compromessa la loro efficacia, dunque le loro funzioni di prevenzione generale negativa e positiva. In sostanza, per assolvere ai suoi scopi preventivi la normativa anti-COVID deve essere «di fatto usata»³⁴, deve essere quanto più possibile fatta rispettare. In caso contrario la sua legalità diviene un mero simulacro, stante che la legalità non ha solo una funzione garantista, ma funge anche da presupposto dell'effettività delle norme giuridiche.

V. Un conclusivo auspicio

Nel concludere queste brevi osservazioni su alcuni profili problematici delle norme anti-COVID rispetto al principio di legalità in «materia penale», non posso non auspicare che questa brutta epidemia si concluda presto. O che almeno, una volta terminata la fase delle vaccinazioni, si possa ricominciare a viaggiare... così da poter incontrare Luis il giorno in cui la raccolta degli scritti in suo onore gli verrà consegnata!

³³ In merito alle diverse fasi della «positività del diritto» (positività-normazione, positività-interpretazione, positività-vigenza/effettività), cfr., in particolare, VIOLA F., «Tre forme di positività del diritto», in ZACCARIA G. (a cura di) *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 301 ss.

³⁴ Cfr., per tutti, PINO G., «Norme e gerarchie normative», in *Analisi e Diritto*, 2008, p. 270.

ESPACIO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA, CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y EXTRADICIÓN DE CIUDADANOS DE LA UE: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA HISPANO-ALEMANA ^(*)

MANUEL CANCIO MELIÁ
Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción

Luis Arroyo Zapatero, como es sabido, ha dedicado en su carrera académica su atención a muchos sectores de las disciplinas relacionadas con el Derecho penal. Sin embargo, parece claro que uno de los centros de gravedad más destacados en su obra y en su actividad universitaria ha estado enfocado a la génesis de un Derecho penal europeo, cuestión y causa a la que ha entregado numerosísimos esfuerzos.

Por ello, quizás pueda resultar adecuado presentar en un libro editado en su honor algunas brevísimas reflexiones –desde la perspectiva de los ordenamientos español y alemán– sobre cuánto hay de discurso y cuánto de realidad a la hora de alcanzar ese ideal, en un concreto sector de la construcción de ese plano común del Derecho penal en la Unión Europea: el Derecho de extradición.

II. Convergencias

1. A pesar del *Brexit* y de otras corrientes políticas hostiles a la Unión, a pesar de ciertas divergencias como en el *affaire Puigdemont*¹,

^(*) Agradezco a mi hijo, Jaime Cancio Fernández (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.), su ayuda para la explicación de la situación en la jurisprudencia alemana.

¹ Que cabe pensar que ha generado mayoritariamente cierto desencanto entre los penalistas españoles que se han ocupado de la cuestión; cfr. solo ARROYO ZAPATERO, L., «Rebelión y trai-

la potencia de la convergencia evolutiva en lo jurídico de la Unión Europea parece haber alcanzado plenamente también al Derecho penal. En el plano del Derecho sustantivo, el peso de los puntos de partida establecidos por los instrumentos de armonización es enorme en áreas de regulación nuevas, pero también en campos tradicionales²; las directrices de Bruselas marcan de modo decisivo muchos tipos individuales en muchos ámbitos distintos de regulación. También en el plano del Derecho procesal penal, más allá del poder unificador de la jurisprudencia del TEDH, cabe identificar líneas de convergencia específicamente impulsadas por la UE. En particular, la creación de una Fiscalía de la UE (por muy limitadas que sean sus competencias, y muy discutible el entramado institucional elegido) significa hacer visible la convergencia jurídico-penal³: el programa del art. 3 número 2 del TUE, esto es: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia», parece haber pasado de la esfera de las meras declaraciones y estar convirtiéndose paulatinamente en una realidad que dota de sustancia al aguado caldo del discurso de la «ciudadanía de la Unión» en su manifestación, tan esencial, de un estatuto común de derechos fundamentales en el proceso penal.

2. También en el campo del Derecho de extradición⁴ parece que cabe constatar una progresiva amalgama de los ordenamientos penales de la UE, un crecimiento conjunto, una convergencia que determina un estatus específico de los ciudadanos de la Unión en los distintos Estados miembro y estándares comunes en cuanto a los derechos funda-

ción. Los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes», en: *idem*/Nieto Martín/Muñoz de Morales (ed.), *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, 2018, pp. 13 y ss.; de otra opinión, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., «Lo que mal empieza...», en diario *El País*, 12 de julio de 2018, https://elpais.com/elpais/2018/07/12/opinion/1531423992_793847.html

² Así, por ejemplo, respecto del terrorismo GALLI, F., «Terrorism», en Mitselgas/Bergström/Konstantinides (ed.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, 2016, pp. 400 y ss., 412 y ss.; con carácter general, *vid.* el reciente estudio de CORRAL MARAVER, N., *La política criminal de la Unión Europea. Especial referencia a su influencia en el Derecho penal español*, 2020.

³ *Vid.* por todos, recientemente, CAIERO, P./AMARAL RODRIGUES, J., «A European Contraption: the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of Member States' Jurisdiction over Criminal Matters», en Ligeti/Antunes/Giuffrida (ed.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch: Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, 2020, pp. 57 y ss., 82 y ss.

⁴ La LEP (Ley de Extradición Pasiva) entró en vigor en 1985, después de la adhesión de España al Convenio Europeo de Extradición (CEE), en 1982, que orienta –como indica la Exposición de Motivos– a la LEP. Sobre esta cuestión a abordar en estas pocas páginas, *vid.* últimamente el amplio enfoque del análisis de OLLÉ SESÉ, M., «La extradición de ciudadanos de la Unión Europea que circulan por estados miembros distintos a los de su nacionalidad», *LLP* 142 (2020).

mentales en este contexto. En este campo, la especial proximidad y densidad de las relaciones entre los Estados miembro en el espacio jurídico de la Unión –en síntesis: la conjunción, ya no de Derecho internacional público, sino cada vez más hacia lo supranacional/cuasi-federal de los países de la UE– parece indicar que lo natural es tratar en cada caso a los ciudadanos de la Unión como a los propios en asuntos de extradición, y mantener los mismos estándares de derechos humanos, en general, en materia de extradición.

En la jurisprudencia española, en un primero momento, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN estableció una línea jurisprudencial –por un lado– de acuerdo con la cual, tal equiparación entre ciudadanos españoles y de otros Estados de la Unión «de momento» no sería posible, ya que a ella se opondrían la letra de la Ley y también la de muchos convenios de extradición bilaterales⁵. También la jurisprudencia (constitucional) en Alemania rechazó al principio la equiparación de ciudadanos alemanes y de la EU en procedimientos de extradición, concediendo sin más la extradición de ciudadanos de la Unión a terceros Estados⁶.

Estas interpretaciones hoy son obsoletas: la decisión del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el caso *Petruhhin*⁷, si bien consideró –sobre la base del derecho de la Unión al libre movimiento y residencia en el territorio de la UE (arts. 18.1 y 21.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] y art. 19 de la Carta de derechos fundamentales de la UE)– que un Estado miembro no está obligado a proteger a todos los ciudadanos de la UE que se encuentren en su territorio del mismo modo que a sus propios ciudadanos frente a la extradición, también estableció que sí quedan obligados a intercambiar información con el Estado de origen del ciudadano, y de darle a ese Estado miembro la oportunidad de solicitar su entrega a efectos de persecución penal. En consecuencia, de acuerdo con la interpretación actualmente vigente del Derecho de la UE hecha por el TJUE, y, en consecuencia, conforme a Derecho alemán y español, ya no es posible una extradición

⁵ Auto de la Audiencia Nacional (Pleno de la Sala de lo Penal), AAN (Pleno) 48/2011 de 7 de noviembre.

⁶ Aún en 2014, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, Auto de 17 de febrero de 2014-2 BvQ 4/14) rechazó un recurso contra la extradición de un ciudadano italiano decidida por el OLG Frankfurt am Main a los EE.UU. De modo algo diferente de lo que lo ha hecho la AN, afirmó que el Derecho de la UE no era de aplicación a las extradiciones a terceros Estados, de modo que no habría discriminación alguna en caso de extraditarse un ciudadano de la UE a un tercer Estado.

⁷ STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2016, C-182-15; *vid.* en castellano sobre este caso y el ulterior desarrollo de la posición del TJUE en los casos *Pisciotti* y *Raugevicius*, por todos, la exposición de OLLÉ SESÉ, M., *LLP* 182 (2020), pp. 4 y ss.

directa de un ciudadano de la Unión a un tercer Estado. Se ha creado un elemento de la ciudadanía de la UE.

También cabe identificar la existencia de un estatus diferenciado de los ciudadanos de la Unión cuando de lo que se trata es de la extradición de un ciudadano de la UE a efectos de ejecución penal. Conforme a la posición del TJUE⁸, los ciudadanos de la UE que tengan su residencia habitual en el territorio de la Unión tampoco pueden ser lícitamente extraditados a un tercer Estado, ya que les asiste el derecho –igual que a sus propios ciudadanos– de cumplir su condena en el territorio de la Unión (en el que se encuentren)⁹.

3. En este contexto ha de hacerse también referencia a la no extradición sobre la base del principio *ne bis in idem* (cosa juzgada) (art. 4.5 LEP y art. 9.2 CEE); constituye, a mi modo de ver, un ejemplo muy significativo. De acuerdo con el art. 4.5 de la LEP, el sujeto perseguido no debe ser entregado si ha sido sometido a enjuiciamiento criminal en España o aún se encuentra inmerso en un proceso penal. Sin embargo, sí podrá producirse la entrega en el caso de que España haya renunciado a la persecución penal sin que haya habido una conclusión definitiva del proceso mediante un sobreseimiento libre.

La interpretación del principio *ne bis in idem* por parte del Tribunal Constitucional español es relativamente limitada, y a los efectos que aquí interesan, solo significa una prohibición de exceso que implica la prohibición de una doble punición en caso de varias condenas¹⁰. Sin embargo, la situación en el espacio judicial de la UE es algo distinta: en el marco del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CaAS), la colaboración reforzada de los Estados miembro implica un amplio reconocimiento de las resoluciones de los Estados parte: de acuerdo con el art. 54 CaAS, «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

⁸ STJUE de 13 de noviembre de 2018-RS C 247/17 (*Raugevicius*).

⁹ Vid. BÖHM, K. M., «Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht», *NSrZ* 2019, pp. 256 y ss. (pp. 261 y s.).

¹⁰ Vid. solo PÉREZ MANZANO, M., «The spanish connection: Los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*», en *AFDUAM* 22 (2018), pp. 383 y ss., con amplias referencias y una completa reconstrucción de la situación de la jurisprudencia española y europea; sintéticamente *vid.* también BAUTISTA SAMANIEGO, C./BOYE TUSET, G., *Comentarios a la Ley de Extradición Pasiva*, 2012, pp. 64 y ss.

En relación con la interpretación judicial del art. 54 CaAS, en conexión con el art. 50 de la Carta de derechos fundamentales de la UE y los arts. 4.5 LEP y 9.2 CEE en cuanto al *sobreseimiento del proceso*, en lo que se alcanza a ver, el Auto de la Audiencia Nacional (secc. 4.^a) de 14 de enero de 2013 constituye el precedente más relevante¹¹. En esta resolución, la AN interpreta las normas aplicables en el sentido de una «cosa juzgada europea», en virtud de la cual –invocando las sentencias del TJUE de 11 de marzo de 2003, C-187/01 y C-385/01; de 9 de marzo de 2006, C-436/04– extiende el alcance del art. 54 CaAS también a las resoluciones de sobreseimiento de la fiscalía de uno de los Estados miembro. Ello se hace sobre la base del derecho de la Unión a la libre circulación y para evitar una persecución reiterada por parte de un tercer Estado en varios Estados miembro de la UE (esto es, una especie de –*sit venia verbo*– *forum shopping* de persecución penal). Esta interpretación es posible porque en este caso, la Sección, después de examinar las diligencias de investigación llevadas a cabo por la fiscalía en el Estado requerido inicialmente, antes de España, la República de Austria, decidió equipararlas, a pesar de la ausencia de intervención de un órgano judicial, al sobreseimiento libre dictado por la juez de instrucción conforme al ordenamiento español.

De este modo, se establece, más allá del tenor literal de los arts. 54 CaAS y 9.2 CEE, el principio de que ha de ser posible una valoración material de la instrucción hecha en un Estado miembro que ha conducido al sobreseimiento de las actuaciones. En consecuencia, de acuerdo con esta línea jurisprudencial, la práctica de diligencias (exhaustivas) de investigación por parte de la fiscalía de un Estado de la UE debe ser considerada una persecución penal que genera cosa juzgada europea, a reconocer en el plano del principio *ne bis in idem*: un nuevo elemento en la construcción de un estatuto específico de la ciudadanía de la Unión.

III. Divergencias

Como antes se ha anunciado, se pretende ahora examinar brevemente la *praxis* existente en Alemania y España respecto de algunas de

¹¹ Puesto que se trata de un auto de la Sección cuarta de lo Penal de la AN en el que se denegaba la extradición (a Ucrania) que la fiscalía no recurrió, la causa no llegó ante el Pleno de la AN. Cabe aventurar, en todo caso, que la jurisprudencia de la AN irá en la dirección marcada por esta resolución.

las causas de denegación de la extradición relevantes en el presente contexto. Se constatará que, a pesar de todas las solemnes proclamas habidas, el establecimiento de estándares comunes aún está muy lejos de alcanzarse –a pesar de que se trata de valores (en esencia: la noción de ciudadanía procesal de la Unión y la protección frente a la persecución política bajo pretexto de una persecución jurídico-penal) que reflejan la identidad político-constitucional europea de un modo especialmente intenso–. Para ello, primero se presentará en cada caso brevemente la norma relevante, examinando a continuación la jurisprudencia relativa a la problemática que aquí interesa, la de la extradición de una ciudadana de la UE a un tercer Estado.

1. *Puntos de partida: la no extradición de ciudadanos del Estado requerido y de ciudadanos de otros Estados miembro de la UE*

a) De acuerdo con el Derecho español rige el principio de no extradición de ciudadanos españoles (art. 3 LEP). Sin embargo, este principio solo es relevante cuando el precepto del correspondiente tratado internacional no prevea otra solución, aunque en él solo exista la posibilidad facultativa de extradición, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 LEP, las normas previstas en los tratados internacionales concluidos por España son de aplicación preferente, de modo que un tratado bilateral o –sobre todo– el CEE supone la fuente normativa primaria y es de aplicación preferente frente a la norma legal española¹². En consecuencia, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes en el momento actual, la prohibición de extradición de nacionales no rige en el marco del CEE, puesto que España no formuló reserva en el sentido del art. 6.1.a) CEE, habiéndose desarrollado la jurisprudencia de la AN en esta dirección, siendo aprobada por el TC, ya que en el marco del CEE –a menos que sea evidente que la contraparte formula una reserva en el sentido del art. 6.1.a) CEE– concurriría una «reciprocidad plena»¹³. La situación, por lo tanto, es que la decisión fundamental de asumir el principio de no extradición de nacionales se ve relativizada en la práctica, especialmente en el campo de apli-

¹² Cfr., por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, 2005, pp. 77 y ss., 84 y ss.

¹³ Vid. solo BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en Derecho español*, 2001, pp. 102 y ss., 105 y ss.; BAUTISTA SAMANIEGO, C./BOYE TUSET, G., 2012, pp. 37 y s., 50.

cación del CEE, y, existiendo una regulación equivalente, también en los tratados bilaterales, por la aplicación preferente de las normas de Derecho internacional público. Se parte de que la extradición es conforme a Derecho en estos casos.

b) En principio, tampoco los ciudadanos alemanes deben ser extraditados al extranjero, conforme al art. 16.2 inciso 1.º de la Ley Fundamental (LF). Sin embargo, el número 2 inc. 2.º prevé una reserva de Ley para la extradición a Estados miembro de la UE y a tribunales internacionales. Esto, sin embargo, no rige para otros tratados internacionales, que no están comprendidas por el inc. 2.º de la norma constitucional¹⁴. Sobre esta base, el legislador ha regulado en el § 80 de la Ley sobre asistencia jurídica internacional en causas penales (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, IRG) la extradición de ciudadanos alemanes.

La extradición para un procesamiento penal solo es admisible si existe una garantía de que el condenado podrá elegir cumplir la pena que en su caso se imponga en Alemania. La extradición a efectos de cumplimiento de condena solo puede tener lugar con la aquiescencia del ciudadano alemán cuya entrega se requiere, puesto que, como se acaba de decir, se le atribuye el derecho a cumplir la condena en Alemania¹⁵.

2. No extradición en caso de persecución política

a) En lo que se refiere a la regulación española, bajo el concepto general de «*persecución política*» se incluyen, en cuanto causas de denegación de la extradición, tanto los delitos políticos en sentido estricto (art. 4.1 LEP) como las infracciones criminales de Derecho común cuando existan indicios racionales de que mediante su invocación se pretende enmascarar una persecución política (art. 5.1 LEP). También pertenece a este contexto la prohibición de extradición en los casos en los que el sujeto perseguido va a ser sometido a un tribunal de excepción (art. 4.6 LEP).

Este modelo bipartito también es el que está en la base de la valoración de una persecución penal como «política» en Alemania. Mien-

¹⁴ MAASSEN, K. G., en *Beck'scher On Line-Kommentar Grundgesetz*, 41.ª ed. (15 de febrero de 2018), GG art. 16 n.m. 31 y s.

¹⁵ INHOFER, D., en *Beck'scher On Line-Kommentar Strafprozessordnung*, 35.ª ed. (1 de octubre de 2019), IRG § 80 n.m. 3.

tras que el § 6.1 IRG prohíbe la extradición por delitos políticos en sentido estricto, el núm. 2 excluye la extradición en caso de que concurren razones de peso para suponer la existencia de una persecución política, incluyéndose también infracciones criminales del Derecho común¹⁶.

b) Especial relevancia corresponde en este contexto a la característica específica de la regulación española de excluir expresamente –con base en el art. 13.3 CE– los *delitos de terrorismo* del concepto de «delito político» (art. 4.1 LEP). España formuló la correspondiente reserva respecto del art. 3 CEE. Esto es debido a la Historia reciente de España, en la que las actividades terroristas de la organización separatista vasca ETA alcanzó hasta hace pocos años una duración y una intensidad completamente desconocidas en otros países occidentales¹⁷. En este contexto, ha sido una prioridad de la política exterior española¹⁸ la de combatir en el plano internacional toda interpretación/legitimación política de ETA, que comenzó su actividad durante la dictadura nacional-católica, como es sabido.

En el momento actual ha de tenerse en cuenta en este contexto, especialmente, que la amplia reforma de los delitos de terrorismo per-

¹⁶ BÖHM, K. M., *NStZ* 2019, p. 262.

¹⁷ Vid. al respecto la exposición («para alemanes», como diría nuestro homenajeado) en CANCIO MELIÁ, M., «Strafrecht und Terrorismus in Spanien. Anmerkungen zur Entwicklung der Terrorismusgesetzgebung nach der Diktatur», *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 1/2009, pp. 15 y ss.

¹⁸ En el contexto de la detención por la policía española de dos ciudadanos turco-alemanes que habían sido puestos en búsqueda y captura por terrorismo por parte de Turquía (uno de ellos, el escritor residente en Colonia *Dogan Akhanli* –un asunto que en los medios alemanes generó mucha incompreensión y mala imagen para el país: vid. <https://www.spiegel.de/spiegel/schriftsteller-dogan-akhanli-mich-erdogan-auszuliefen-waere-mein-tod-a-1175050.html>), el diputado del PSOE López Amor expresó, en esta línea (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 308, 4 de septiembre de 2017, p. 17), la sospecha de que abusando del procedimiento de *red notice* de Interpol, la España del Gobierno Rajoy estaría incurriendo en una cooperación no transparente, de facto, con varios Estados, a través de la cual –y en contraste con otros Estados miembro de la UE (Grecia, Italia)–, se degradaría a «esbirro del Sr. Erdogan», mientras que el diputado de Podemos *Bustinduy* exigió del ministro de AA. EE. una declaración de no extraditar a los dos detenidos (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 308, 4 de septiembre de 2017, p. 16). Al contestar a estas manifestaciones, el ministro *Dastis* no quiso comprometerse, se escudó en una discusión que habría que tener en el marco de la UE sobre esta problemática e invocó como explicaciones de la situación un cierto automatismo y una «especial sensibilidad» de España en materia de terrorismo (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 308, 4 de septiembre de 2017, p. 27). Una vez concluido el procedimiento judicial de extradición –Berlín es mucho Berlín, cabe acotar, está mucho más cerca que Ankara, y las líneas telefónicas funcionan con normalidad–, el Gobierno acabó denegando la extradición a Turquía, en el marco de su espacio de discrecionalidad (cfr. https://elpais.com/politica/2017/10/13/actualidad/1507894075_985629.html).

petrada por PP y PSOE mediante la LO 2/2015¹⁹ amplía hasta el paroxismo el concepto formal-legal de terrorismo (art. 573.1 CP): hasta incluir conductas que en ningún ordenamiento jurídico de ningún Estado de Derecho pueden ser calificadas como delitos de terrorismo²⁰.

Para lo que aquí interesa, esto significa, en consecuencia, que, al comprobar la punibilidad de una petición de extradición de un tercer Estado sustentada en la supuesta comisión de delitos de terrorismo, con base en el principio de doble incriminación en España cabría aceptar definiciones muy amplias –como las de Turquía, por ejemplo– del Estado requirente, excluyéndose así la hipótesis de la concurrencia de un delito político como motivo de la petición de extradición²¹.

La exclusión de la extradición en los casos en los que el Estado requirente pretende plantear el proceso ante un tribunal de excepción (art. 4.6 LEP) deriva del derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley. Los tribunales a los que se atribuye ámbitos competenciales especiales, como, por ejemplo, los que resultan competentes en Italia para los procesos contra la criminalidad organizada, no constituyen, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, una vulneración de ese derecho fundamental y no quedan afectados por la norma de exclusión²².

Más allá de la cuestión del terrorismo, ha de constatararse respecto de la jurisprudencia de la AN en materia del concepto de «conducta política punible» que en los últimos años –como ha sucedido también en otros ordenamientos jurídicos–, éste se ha alejado cada vez más de la llamada «doctrina subjetiva» que fue dominante al principio (esto es, de la idea de que la noción de delito político quedaría determinada sobre todo por la motivación política del autor), aproximándose a una concepción objetiva, poco clara, de lo que es tal delito político, en la

¹⁹ Vid. muy sintéticamente, por todos, CANCIO MELIÁ, M., http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco_6_355624462.html; *idem*, «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», en Alonso Rimo/Fernández Hernández/Cuerda Arnau (ed.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pp. 95 y ss., 118 y ss.

²⁰ Acerca de los casos (no muy numerosos, de momento) en los que una fiscalía hiperactiva e irreflexiva ha abusado del nuevo «concepto» legal de terrorismo, pretendiendo perseguir como delitos de terrorismo, por ejemplo, el corte de una autopista en el contexto del conflicto catalán, o un delito de atentado y lesiones contra miembros de la Guardia Civil en Navarra, cfr. solo CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, 2019, pp. 151 y s. con nota 118.

²¹ En relación con Turquía, en el *leading case* resuelto en AAN (Pleno) 176/2016 de 11 de marzo, se negó a rechazar el requerimiento de extradición sobre la base del art. 4.1 LEP.

²² Vid. la jurisprudencia reflejada en BAUTISTA SAMANIEGO, C./BOYE TUSET, G., 2012, pp. 58 y ss. El AAN (Pleno) 176/2016 de 11 de marzo, resolvió que aunque la instrucción sea llevada a cabo por la fiscalía militar, no habría un supuesto del artículo 4.6 LEP mientras el proceso se sustancie ante un tribunal predeterminado por la Ley.

que resulta difícil distinguir supuestos delitos (conforme a la posición del Estado requirente) del ejercicio cotidiano (de acuerdo con nuestra realidad constitucional) de derechos políticos. No es posible identificar una línea realmente consistente de la jurisprudencia en este punto²³. Las excepciones, cada vez concebidas de modo más amplio, dominan las resoluciones, el «delito político» como causa de denegación de la extradición prácticamente ha desaparecido.

Puede servir de ejemplo de lo dicho el auto de la AN dictado en 2016²⁴ en el caso de un requerimiento de extradición referido a un ciudadano hispano-colombiano por parte de la República de Colombia, al que se le atribuía la pertenencia en una organización guerrillera insurgente y la comisión de varios delitos en el marco de su militancia. La AN no admitió la alegación de que el requerimiento de extradición perseguía torpedear el proceso de los acuerdos de paz en aquel país (esto es, implícitamente, la alegación de que se trataba de un delito político), argumentando que se trata de delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del conflicto armado en Colombia, sin entrar en el concepto de delito político²⁵. En el *leading case* ante la AN antes citado referido a Turquía –se trataba de una petición de extradición respecto de un miembro del PKK (*Partiya Karkerên Kurdistan*, Partido de los Trabajadores del Kurdistan)–²⁶, el tribunal también se contentó con la escueta constatación de que no se trataba de un delito político, ya que el ciudadano reclamado había sido acusado de un delito contra el orden público (y la organización PKK se consideraba una organización terrorista por parte de la UE). Todo visto con mucha claridad, menos las características del régimen que construye el actual presidente en Turquía; ahí, miopía.

c) La situación de la jurisprudencia alemana es sustancialmente distinta. El § 6 IRG establece la suposición basada en razones de peso de que se trata de una persecución política como obstáculo para la extradición, y esta sospecha en la *praxis* es manejada con un alcance más amplio que en España. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Karlsruhe (*Oberlandesgericht*, OLG) se tuvo que ocupar de un supuesto referido a delitos con un componente político, tam-

²³ Así ya GARCÍA SÁNCHEZ, B., 2005, pp. 361 y ss., 369 y ss., 384 y ss., con ulteriores referencias.

²⁴ AAN (Pleno) 73/2016, de 12 de diciembre.

²⁵ También en el AAN (Pleno) 74/2016, de 7 de diciembre, se establece respecto de la misma cuestión (¿se oculta detrás del delito de Derecho común una persecución política?) respecto de Ucrania un requisito de prueba de similar exigencia.

²⁶ AAN (Pleno) 176/2016, de 11 de marzo.

bién respecto de Turquía²⁷. A la hora de decidir sobre la extradición de un supuesto colaborador del PKK, la Sala formuló la sospecha de que pudiera producirse un trato denigrante que vulnerara los derechos humanos del ciudadano requerido, o incluso la tortura, por parte de las autoridades turcas, y denegó sobre esta base la extradición.

Como ha establecido el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)²⁸, aquí lo decisivo es el caso concreto: tampoco bastará con garantías vinculantes conforme al Derecho internacional ofrecidas por parte del Estado requirente cuando quepa dudar, atendidas las concretas circunstancias, de que esas declaraciones vayan a cumplirse. De acuerdo con la posición del BVerfG y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁹, han de concurrir razones de peso para tal duda (TEDH: «*substantial grounds*»). En este sentido, el BVerfG rechazó la entrega de un ciudadano a la Federación Rusa por parte del OLG Dresden³⁰ porque, concurriendo «indicios del riesgo de una persecución política en Rusia», no examinó el tribunal en este sentido las garantías ofrecidas por el Estado requirente.

Para los Estados miembro del Consejo de Europa, como España y Alemania, también resulta de relevancia el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CCEPT). Prohíbe la extradición cuando se trate de delitos políticos y establece en qué casos no se trata de tales en el ámbito de los delitos de terrorismo³¹.

En el caso de Turquía, miembro (de momento, hay que decir viendo la evolución habida últimamente) del Consejo de Europa, se han rechazado en la jurisprudencia alemana requerimientos de extradición que deben considerarse de acuerdo con el CCEPT delitos políticos. El OLG Karlsruhe, en el caso antes mencionado, rechazó la entrega a Turquía de un supuesto colaborador de la organización terrorista TKP/ML (*Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist*; Partido Comunista de Turquía marxista-leninista). El sujeto había prestado ayuda a los miembros del partido transportando personas y material. Puesto que, de acuerdo con el tribunal alemán, ni había puesto en peligro a otras personas mediante armas (art. 1 lit. e CCEPT), ni se había probado que sus actos sirvieran de otro modo para preparar acciones terroristas

²⁷ OLG Karlsruhe (1. Strafsenat), Auto de 29 de junio de 2017-Ausl. 301 AR 101/17.

²⁸ 2.ª Sección de la Sala 2.ª, Auto de 17 de mayo de 2017-2 BvR 893/17.

²⁹ TEDH, decisión de 7 de julio de 1989-14038/88.

³⁰ BverfG, Auto de 13 de noviembre de 2017-2 BvR 1381/17.

³¹ Cfr., por ejemplo, OLG Karlsruhe, Auto de 6 de diciembre de 2006-1 AK 57/06.

(art. 1 lit. f CCEPT), resolvió que los delitos que se le atribuían debían considerarse políticos.

3. No extradición en caso de riesgo de trato inhumano

a) Conforme al art. 4.6 LEP, España no deberá dar lugar a la extradición cuando en el Estado requirente pueda ejecutarse una pena de muerte (el Estado requirente no preste garantía de que esto no sucederá), o quepa ejecutar penas corporales, o exista de otro modo el riesgo de que se produzca un trato inhumano.

La jurisprudencia española coincide en esta cuestión con la del TEDH: sobre todo con base en los estándares establecidos en la decisión *Soering v. Reino Unido* (14038/88, de 7 de julio de 1989), el TC ha establecido que existe una responsabilidad de España (especialmente, en la STC 140/2007) en caso de extradición que la obliga a llevar a cabo un cuidadoso examen del posible riesgo de un trato inhumano. Sin embargo, han de concurrir razones serias y probadas que indiquen que ello puede suceder; no bastan constataciones genéricas sobre la situación en el Estado en cuestión³². Por otra parte, no es necesario que exista una demostración plena y absoluta de la futura vulneración de los derechos del ciudadano perseguido³³. Cabe decir que esta formulación abre una amplia vía para la existencia de una jurisprudencia muy proclive a conceder la extradición.

En relación, de nuevo, con Turquía, por ejemplo, la mayoría del Pleno de la AN negó en el *leading case* AAN (Pleno) 176/2016, de 11 de marzo, que en la actualidad quepa identificar en aquel país un riesgo relevante³⁴: si bien –argumenta el tribunal– la defensa del ciudadano requerido había aducido la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de junio de 2015, que señala la existencia de una situación insatisfactoria, este informe también constataba la existencia de numerosas evoluciones positivas, de modo que no cabría colegir que hubiera una vulneración sistemática de los derechos humanos o casos generalizados de tortura. Más allá de esto, según la AN, el hecho de que Turquía es

³² Así en AAN (Pleno) 62/2016, de 17 de octubre; respecto de Ucrania, se afirma que la mera referencia al estado de guerra en el este de aquel país no basta.

³³ Así AAN (Pleno) 8/2017, de 1 de marzo (en relación con Marruecos).

³⁴ De los 18 miembros del Pleno, sin embargo, los magistrados De Prada Solaesa y Saéz Valcárcce presentaron voto particular en el que apoyaban dar lugar a la alegación de la defensa de que concurría un riesgo relevante de malos tratos.

miembro del Consejo de Europa, y acepta la jurisprudencia del TEDH, serían factores de peso a tener en cuenta. Para el tribunal, un estándar de prueba del riesgo más «blando» pondría en cuestión todo el sistema de extradición en su conjunto.

b) También el BVerfG³⁵ exige, como punto de partida, la existencia de condiciones de reclusión humanas y conformes con la Convención de Derechos Humanos. El tribunal desarrolló inicialmente un principio de confianza al respecto, de acuerdo con el cual ha de «tenerse, en principio, confianza en el Estado requirente en cuanto a que vaya a respetar los principios propios del Estado de Derecho y de la protección de los derechos humanos». En principio, una garantía del Estado requirente ha de estimarse suficiente para descartar posibles objeciones; si, sin embargo, concurren circunstancias que desvirtúan este punto de partida –y esto es decisivo– debe abandonarse esta consideración de principio y resulta necesario un exhaustivo examen de la situación concreta por parte del OLG competente³⁶. En su conjunto, en lo que se alcanza a ver, la jurisprudencia es más bien restrictiva a la hora de denegar la extradición, pero cuenta también con mecanismos de aseguramiento en su aproximación. En este ámbito, que se conceda la posibilidad de que la República Federal de Alemania examine las condiciones de la privación de libertad puede ser motivo para desvirtuar posibles objeciones³⁷. Si el Estado requirente, en todo caso, no está en condiciones de garantizar la integridad física de un preso, ello constituye una razón para denegar la extradición³⁸.

³⁵ Vid. BVerfG Auto de 28 de julio de 2016-2 BvR 1468/16.

³⁶ Vid. BÖHM, K. M., NStZ 2017, pp. 77 (82); BVerfG, Auto de 22 de noviembre de 2019-2 BvR 517/19; el OLG München (OLG München, Auto de 16 de agosto de 2016-1 AR 252/16), por ejemplo, tuvo que ocuparse después del intento de golpe de Estado en Turquía en 2016 de las condiciones de detención en aquel país.

³⁷ Así, el BVerfG [BVerfG (Sección tercera de la Sala Segunda)], Auto de 9 de marzo de 2016-2 BvR 348/16 respecto de una extradición a la Federación Rusa. La garantía ofrecida por Rusia de permitir controles a los miembros de la embajada de Alemania en cualquier momento fue estimada suficiente para confiar en la garantía rusa.

³⁸ NStZ-RR 2016, pp. 257 y ss.; el OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, Auto de 25 de mayo de 2016-1 AK 144/15) se ocupó a fondo de esta cuestión antes de conceder una extradición a la República de Kosovo. El extraditando había sido condenado por asesinato y huyó a Alemania. La Sala examinó el riesgo de una *venganza de sangre* y rechazó, después de obtener datos concretos del centro penitenciario en el que sería recluso el ciudadano requerido, que hubiera un obstáculo para la extradición, ya que en opinión del tribunal, quedaba asegurada la protección del sujeto frente a las personas que le amenazaban. Reservó, sin embargo, la posibilidad de la República Federal de Alemania de comprobar las condiciones *in situ* a través de sus representantes diplomáticos.

IV. Conclusión

Desde el punto de vista aquí adoptado, ya con esta brevísima y fragmentaria consideración del Derecho de extradición en ambos países aquí examinados queda claro que, habiendo ya, desde luego, luces que salutar, el *discurso* de la ciudadanía de la Unión y de los derechos procesales equiparables en el espacio europeo de la «libertad, la seguridad y del Derecho sin fronteras interiores» habrá de consumir aún mucha energía política antes de convertirse en un verdadero *hecho*.

LE RISQUE ZERO EST DE RETOUR

MIREILLE DELMAS-MARTY

Professeur émérite au Collège de France, membre de l'Institut

Sous ce titre énigmatique, je voudrais réunir ici, en hommage à mon très cher ami Luis Arroyo que je sais aussi préoccupé que moi, quelques considérations sur les sociétés de la peur qui reposent sur l'illusion du risque zéro

Après les discours musclés annonçant l'éradication du terrorisme, voici les discours savants sur le Zéro Covid. Et toujours la même obsession sécuritaire, le même rêve d'un monde sans risque, sans crime et sans maladie. On s'en réjouirait si l'on ne savait avec quelle facilité le rêve d'un monde parfait peut tourner au cauchemar des sociétés de la peur.

Il y a près d'un siècle, Emile Durkheim avait pourtant montré (*Règles de la méthode sociologique*, 1^{ère} éd. 1937), que le crime est «un fait de sociologie normale», invoquant cette raison simple: «pour que la société puisse évoluer, il faut que l'originalité humaine puisse se faire jour; or pour que celle de l'idéaliste qui rêve de dépasser son temps puisse se manifester, il faut que celle du criminel, qui est au-dessous de son temps, soit possible». D'où la formule provocatrice: «Le crime est donc nécessaire; il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale, mais par cela même il est utile, car les conditions dont il est solidaire sont elles-mêmes indispensables à l'évolution de la morale et du droit». Le sociologue suscita de telles indignations qu'il dut préciser, dans la deuxième édition, qu'il n'entendait pas faire l'apologie du crime mais se préparer à mieux le combattre.

Que dirait-il à l'heure actuelle où le rêve de perfection s'accompagne d'une inflation de normes, véritable «goutte à goutte normatif» (Catherine Thibierge, «Les "normes sensorielles"», RTDCiv, n.° 3, 2018, Paris, Dalloz, pp. 567-590.) qui, jour après jour, rend presque invisibles les transformations en cours. D'autant que de nouvelles technologies ne cessent d'arriver sur le marché, offrant aux décideurs des moyens de surveillance encore inimaginables au temps de Durkheim. La reconnaissance faciale, développée par Apple pour le déverrouillage

de ses nouveaux téléphones, se combine à la surveillance par caméras, voire par drones équipés de caméras, à la géolocalisation des utilisateurs d'Internet ou encore aux algorithmes de reconnaissance des émotions. Insensiblement, tout cet arsenal transforme nos Etats de droit en Etats policiers et nos sociétés ouvertes en sociétés de la peur les sociétés fermées où la suspicion suspend la fraternité et fait de l'hospitalité un délit pénal. Comment s'en plaindre, alors que nous fournissons nous-mêmes les données, les réseaux sociaux ayant su exploiter le désir illimité d'avoir accès à tout, tout de suite et en permanence. Obéissant à des «pulsions narcissiques plus puissantes encore que le sexe, ou la nourriture», nous passons d'une plateforme à l'autre «comme un rat de la Boîte de Skinner qui, en appuyant sur des leviers, cherche désespérément à être toujours plus stimulé et satisfait» (Bernard Harcourt, «Postface» in *La société d'exposition, Désir et désobéissance à l'ère numérique*)?¹

Avec la lutte contre la pandémie, le rythme s'accélère. Sommés de protéger ce bien commun que constitue la santé, peu de dirigeants politiques résistent à la tentation d'instaurer une surveillance permanente et généralisée digne d'un régime autoritaire. La pédagogie de la complexité n'est plus de mise dans cet univers infantilisant, car fait de normes contradictoires et incompréhensibles. Tocqueville avait vu juste quand, imaginant le despotisme en démocratie, il avait prophétisé un «despotisme doux» qui couvrirait la surface de la terre «d'un réseau de petites règles compliquées, minutieuses et uniformes, à travers lesquelles les esprits les plus originaux en France et les âmes les plus vigoureuses ne sauraient se faire jour».

Peu importe que les dispositifs de fichage, puçage et traçage ne soient pas totalement fiables. Peu importe que les acteurs publics soient débordés, des Etats aux grandes villes, et fassent appel à des entreprises privées, au mépris, en France, de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (DDHC), qui fait partie du bloc de constitutionnalité, instituant la force publique «pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée». Peu importe enfin que l'Etat de droit soit bafoué et que les garanties restent illusoire quand la sécurité, promue «premier des droits», devient le fait justificatif suprême, une sorte de légitime défense face à l'agression du virus.

Car le langage guerrier n'est pas seulement une métaphore. Rappelons-nous le tournant sécuritaire du 11 septembre 2001. Les résolutions

¹ BERNARD E. HARCOURT, «Postface », in : *La Société d'exposition. Désir et désobéissance à l'ère numérique*, Paris, Seuil, 2020, p. 253.

du Conseil de sécurité des Nations Unies (13 et 18 septembre) avaient appliqué pour la première fois la légitime défense à des attentats terroristes qualifiés d'agression. Le *Patriot Act* américain permit alors le transfert des pleins pouvoirs au président George W. Bush; tandis que des frappes aériennes furent lancées en mars 2003 contre l'Irak au nom d'une légitime défense élargie dite «préventive», véritable négation de l'Etat de droit. Cette vision guerrière devait par la suite atteindre la plupart des démocraties occidentales «décomplexées» par l'exemple américain. Ainsi en France, la loi du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté, permet de retenir en prison, pour une durée indéfiniment renouvelable, des condamnés ayant déjà purgé leur peine, au motif de leur «dangerosité», attestée par une commission de composition hétérogène. Puis, après les attentats de Paris et la déclaration de l'état d'urgence, la France réduira encore les libertés, systématisant le transfert de pouvoirs à l'exécutif et l'affaiblissement de l'autorité judiciaire au profit des pouvoirs de police et des services de renseignement (voir notamment, la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement).

Comme la sécurité n'est jamais parfaite, le rêve du risque zéro, qu'il s'agisse de terrorisme ou de pandémie, entraîne inévitablement une surenchère, voire une sorte d'hystérie législative qui relève plus de l'activisme que de l'action efficace. Encore plus dangereux que Ben Laden pour la démocratie, le coronavirus accélère à présent le recul de l'Etat de droit, au nom d'une urgence sanitaire qui se prolonge au point qu'on se demande s'il ne s'agit pas cette fois d'une mutation durable du régime politique. La peur, en perturbant la confiance, conduit à une double extension de la surveillance: d'une part l'anticipation, une extension du droit pénal dans le temps (punir, prévenir, voire prédire), qui peut sembler souhaitable, mais à condition de poser des limites et de garantir la proportionnalité des mesures de défense à la gravité de la menace; d'autre part la globalisation, une extension de la surveillance dans l'espace (de l'espace national à l'espace mondial, réel ou virtuel) qui appellerait des contrôles presque impossibles à mettre en place à une telle échelle.

I. Anticipation: dangerosité et mesures de sûreté

L'anticipation la plus significative est celle du droit pénal qui s'était longtemps efforcé de combiner deux fonctions: punir l'auteur d'une infraction comme responsable d'une faute (fonction rétributive) et protéger la société par l'enfermement mais aussi la réadaptation, la réinsertion du délinquant (fonction de défense sociale).

Leur combinaison s'accompagnait d'une extension aux mesures de défense sociale des garanties du droit pénal (légalité, interprétation stricte, non rétroactivité) et de procédure (présomption d'innocence, droit à un tribunal impartial et indépendant). C'est pourquoi, comme rédacteurs du projet de CP français (1989-93) nous avons refusé de séparer les deux fonctions (la «double voie»), considérant que la dangerosité ne pouvait être détachée de la culpabilité, la mesure de sûreté étant d'ailleurs ressentie comme peine par le condamné.

Or voici qu'au nom de la prévention, puis de la précaution, transposée des risques naturels et industriels aux comportements humains, une série de réformes récentes marquent une rupture avec cette vision légaliste et humaniste du droit pénal au profit d'une conception qui, au nom de la sécurité, légitime une extension de la surveillance à vocation illimitée dans le temps et difficile à contrôler pour le juge. En France, au milieu d'une cascade de lois contre la récidive (cinq entre 2005 et 2012), le principal dispositif, date de 2008 avec la loi précitée sur la rétention de sûreté, qui permet de garder en prison, après exécution de la peine, pour une période renouvelable indéfiniment, d'année en année, des condamnés considérés comme dangereux. Le seul lien avec le droit pénal est l'existence antérieure d'un crime (inscrit dans une liste fort longue, à laquelle le projet de loi sur la sécurité globale ajoute le terrorisme). Mais le lien est ténu car le crime a été jugé et la peine exécutée. En réalité la dangerosité est autonome et ses contours définis (si l'on peut dire tant la formule est vague) comme une «probabilité très élevée de récidive» associée à «un trouble grave de la personnalité» (art. 706-53-13, al. 1^{er}, CPP). Loin de contribuer à renforcer la responsabilité individuelle, à accroître la capacité de chacun à se prendre en charge, l'approche probabiliste, qui transforme la justice pénale en justice prédictive, risque d'aboutir à déresponsabiliser (donc à déshumaniser) celui dont la récidive est annoncée par avance.

Séparée de sa fonction punitive, la mesure dite de sûreté risque de se limiter, comme pour un animal ou un produit dangereux, à l'objectif d'élimination, au risque de faire des lieux de détention des déchetteries humaines, ou plutôt inhumaines. On peut se demander comment nous en sommes arrivés là dans des pays pourtant attachés à la démocratie et à l'état de droit.

Une première réponse se situe au plan anthropologique: quand des représentants officiels de l'Etat parlent des criminels comme des ennemis, des forcenés, voire des monstres, comment ne pas penser à un retour à Lombroso, chef de file de l'école positiviste italienne, qui, dans

Le climat scientifique de la fin du 19^{ème} siècle, avait inventé l'homme dangereux et le criminel né, qualifiant certains criminels de «race à part»? Tandis que le médecin Lombroso invoquait Darwin pour soutenir qu'il s'agirait d'humains inachevés, le sociologue Ferri parlait de «variété spéciale du genre humain».

S'ajoute un argument historique: comment ne pas rappeler aussi que la loi française de 2008 a pris pour modèle une loi allemande de 1933, l'une des rares institutions de la période nazie subsistant encore? On avait cru ce modèle écarté par la DUDH qui reconnaît l'égalité des êtres humains, mais il était seulement désactivé: la dangerosité restait inscrite dans la loi allemande de 1933 sur l'internement de sûreté, que le Conseil de contrôle allié n'avait pas abrogé (les Etats-Unis pratiquant des mesures d'esprit comparable). Presque tombé en désuétude, l'internement de sûreté renaît en Allemagne depuis quelques années et fait des émules ailleurs en Europe.

Comme si nous retrouvions à présent le même climat de désenchantement face aux faiblesses de l'Etat de droit libéral que celui des années 30. C'est dans un tel climat que le pénaliste français Henri Donnedieu de Vabres (par la suite juge au Tribunal de Nuremberg) publia en 1938 un ouvrage sur «La politique criminelle des Etats autoritaires». Visant l'Italie fasciste, l'Allemagne nationale-socialiste et l'URSS, il considère que les systèmes en vigueur sont «nés pour prévenir l'anarchie menaçante»; n'hésitant pas à souligner que la «supériorité présente des régimes autoritaires sur les régimes libéraux tient à leur sens de l'actualité, à leur vigueur juvénile, au sentiment qu'ils ont de répondre à des besoins nouvellement manifestés».

Certes le désenchantement n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de censurer la loi allemande, comme elle l'a fait à l'occasion de l'arrêt *Mücke*, particulièrement exemplaire². Le requérant avait été condamné en 1986 à 5 ans d'emprisonnement pour tentative de meurtre et vol qualifié. A l'issue des cinq ans, en 1991, il est placé en détention de sûreté. Son recours ayant été rejeté par le Tribunal constitutionnel, il serait sans doute encore en prison en 2012 sans la condamnation prononcée par la CEDH en décembre 2009 et confirmée par la Grand Chambre en mai 2010. Grâce à la cour européenne, il fut libéré en mai 2010, au bout de 24 ans !

Or la condamnation de l'Allemagne se fondait sur une double critique: d'une part la notion de dangerosité ne correspond pas à la liste

² CEDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, (n.° 19359/04).

limitative des exceptions au droit à la liberté et à la sûreté prévues par la convention des droits de l'homme; d'autre part il manque un contrôle effectif du juge. Certes l'internement doit être autorisé par un juge mais ce juge n'a pas le pouvoir de juger le détenu pour ses infractions (déjà jugées).

En France la loi n'est pas d'application rétroactive ce qui limite encore pour quelque temps sa mise en œuvre. Potentiellement, elle marginalise le rôle du juge et tendent à un transfert de pouvoir aux criminologues (le juriste américain Bernard Harcourt parle d'une «colonisation du champ juridique par les sciences sociales»). Le diagnostic de dangerosité et le pronostic de récidive supposent l'avis de «commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité», à composition fort hétérogène (un psychiatre, un psychologue, un avocat, un représentant des victimes, un président de chambre à la Cour d'appel, le directeur interrégional des services pénitentiaires, et le préfet de région). Malgré les avertissements des spécialistes en neurosciences sur l'impossibilité de prédire le comportement humain, un «avis motivé», assorti d'une expertise médicale réalisée par deux experts, n'en est pas moins exigé, et en pratique souvent déterminant, comme condition de l'internement ou du placement en rétention de sûreté et du renouvellement de la mesure.

Derrière l'opacité de ces procédures, c'est la possibilité même d'une justice impartiale et d'une défense efficace qui risque d'être remise en cause par l'absence quasi-totale de pouvoir de décision du juge sur la rétention. Lorsque la Commission *ad hoc* aura retenu une probabilité très élevée de récidive, on voit mal comment le juge pourra appliquer la présomption d'innocence. Et comment la défense pourra établir la preuve contraire et démontrer *a posteriori* que le condamné n'était pas dangereux au moment de la décision et que la mesure n'était pas «l'unique moyen» de prévention. D'où cette situation inédite d'une décision de justice qui exclut toute possibilité d'erreur judiciaire, donc toute possibilité de réparation pour la personne injustement détenue, alors même que sa détention peut être perpétuelle. C'est ainsi que le couple «sécurité/dangerosité» risque de ramener nos sociétés de la peur dans l'impasse que Beccaria avait déjà entrevue: «A quoi serions-nous réduits si tout ce qui peut amener à commettre un délit était interdit? Il faudrait priver l'homme de l'usage de ses sens»³.

³ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, trad. Paris 1966, p. 141

D'autant que la CEDH elle-même a évolué. Considérant que la détention de sûreté allemande «n'est plus exclusivement une peine», l'arrêt *Bergmann* (2016) a été confirmé par la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg à l'occasion de l'affaire *Ilmseher* (2018), qui a considérablement nuancé la position de la cour à l'égard de la détention de sûreté. La nature juridique de la détention de sûreté aujourd'hui en vigueur (loi 5 décembre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013) est appréciée au cas par cas: tantôt pénale, tantôt non pénale. Mais la Grande Chambre va plus loin encore en précisant que, dès l'instant où la détention de sûreté ne vise pas à traiter un trouble mental chez le détenu, elle doit rester considérée comme une peine au sens de l'article 7§1 de la Convention. En revanche, tout placement subséquent ayant vocation à assurer une prise en charge médicale et thérapeutique de l'individu entraîne une modification de la nature et du but de la détention. En d'autres termes, la détention de sûreté serait par principe une peine, et exceptionnellement, lorsqu'elle vise à soigner le trouble mental de l'individu, une mesure préventive. Un tel raisonnement confirme l'hypothèse d'une régression, à la fois anthropologique et juridique, mais ce n'est qu'une partie de l'explication, car l'extension de la surveillance porte la marque d'une globalisation à la fois juridique et technologique, renforcée non seulement par l'«effet 11 septembre», mais plus récemment par la pandémie qui contribue à promouvoir une extension de la surveillance dans un espace global quasiment incontrôlable que la pandémie légitime à présent pour une durée indéterminée.

II. Globalisation: vers une sécurité globale incontrôlable

La globalisation économique et financière, qui remonte à la fin de la guerre froide et à la mondialisation du commerce, s'accompagne, surtout après 2001, d'une extension de la surveillance dans l'espace, à la fois juridique et technologique.

Juridiquement, la globalisation des risques et des crimes, et notamment du terrorisme, appelle en effet une globalisation de la surveillance. Dès 2008, le Livre blanc *Défense et sécurité nationale* (2008) constate en France «l'abolition des frontières entre sécurité extérieure et sécurité intérieure, tant en matière de terrorisme, de criminalité organisée, de sécurité énergétique, de sécurité des systèmes d'information, que de risques naturels ou sanitaires, implique la définition de stratégies d'ensemble, intégrant les différentes dimensions de la sécuri-

té dans une même approche». En 2015, dans l'état d'urgence créé par les attentats terroristes de Paris, le mouvement s'est encore renforcé, notamment avec la loi renseignement précitée.

Au plan international, les opérations dites de «maintien de la paix» peuvent aller du maintien de la paix au sens strict (*peace keeping*) à son imposition (*peace enforcement*), voire à sa construction (*peace building*), ce caractère hybride ne facilitant pas leur encadrement juridique. Qu'elles soient nationales (le plus souvent américaines), ou multinationales (ONU, OTAN, Union Européenne, Union Africaine) les troupes envoyées à l'étranger sont amenées, non seulement à dissuader des forces armées d'utiliser la violence, mais encore à tenter d'imposer l'ordre vis-à-vis des civils, jouant ainsi tantôt le rôle de soldat, tantôt celui de policier, d'enquêteur, voire de témoin, ce qui appellerait un contrôle particulièrement rigoureux.

Or dans un espace sans frontières, la sécurité, se trouve sans cadre juridique clair, dès lors que la procédure pénale qui limite les actions de police et permet leur contrôle, reste national; tandis que le droit international de la guerre ne comporte pas de règles de procédure pénale. Certes des règles déontologiques sont mises en place, mais elles sont dispersées et d'application incertaine, d'autant que s'ajoutent les pratiques de délocalisation de la sécurité en matière de terrorisme et de privatisation des fonctions régaliennes de la police et de l'armée, y compris les activités de renseignement, au profit de sociétés privées, qui échappent largement aux contrôles.

A la globalisation juridique s'ajoute l'effet des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC), qu'il s'agisse de la généralisation des fichiers et bases de données personnelles, du déploiement massif de la vidéoprotection, de l'usage extensif de la biométrie, ou des *smartphones* permettant de géolocaliser un individu à quelques mètres près ou des pratiques plus récentes évoquées en introduction comme la reconnaissance faciale, ou celle des émotions. La biométrie serait même, selon Didier Bigot, bientôt dépassée par la transformation de l'être humain en information sécable, transférable et disponible. La mise en réseau de données interconnectées permet en effet des profilages à partir d'informations précédemment accumulées sur l'individu, ou ses proches, ou ceux à qui il ressemble, et non au vu de sa personne physique et encore moins de sa parole. Séparées, ces techniques peuvent sembler inoffensives, mais en les agrégeant devient possible de contrôler des individus à distance.

C'est ainsi que les TIC facilitent les pratiques transfrontières. L'expression «société de surveillance» est d'ailleurs apparue en 2006, à l'occasion de la conférence internationale des commissaires à la protection des données tenue à Londres. L'inquiétude des commissaires tenait au fait que sont désormais possibles le profilage et la traçabilité des humains et des choses ou des humains par les choses, celles qu'ils possèdent et celles avec lesquelles ils sont en contact. Car les choses paradoxalement s'autonomisent et deviennent intelligentes, par exemple dans le secteur automobile (autodiagnostic des pannes, autocontrôle de la circulation).

Les robots eux-mêmes deviennent autonomes. Il suffit désormais de combiner les sciences de l'informatique et de l'ingénieur avec la biologie, mais aussi la sociologie et la psychologie, pour concevoir un robot autonome, défini comme une machine qui sent, pense (dans un sens délibératif, non mécanique) et agit sans aucune forme de contrôle externe. C'est ainsi que l'armée américaine a lancé un programme de fabrication de robots *truly ethical*, qui permettrait d'éviter les pertes humaines et les atrocités commises par les militaires, en somme de faire des guerres «propres». Pour y parvenir dans un futur proche, il «suffit» de programmer les robots en intégrant le droit de la guerre, l'intégration du droit américain n'excluant pas la référence à d'autres systèmes. Le plus inquiétant est l'ajout du concept de nécessité militaire ou doctrine du double effet (action moralement admissible malgré des effets collatéraux négatifs). Or il est déjà envisagé d'étendre l'usage des robots autonomes au contrôle social civil (sécurité intérieure), et de les affecter à la poursuite des criminels.

Il est d'autant plus difficile d'échapper à la société numérique que non seulement les citoyens sont consentants, mais les entreprises y contribuent largement car elles tirent une part de leurs profits de l'exploitation des données personnelles de leurs clients. C'est à travers un ciblage publicitaire toujours plus performant grâce aux nouvelles technologies que le client peut se voir proposer des services gratuits attractifs. Qu'il s'agisse de *Facebook*, de *Google* ou de toute autre plateforme, le nombre d'utilisateurs ne cesse de croître, posant la question du contrôle «démocratique». Ces gigantesques bases de données sont dans un espace sans frontière où les entreprises de l'Internet disposent d'une capacité de discussion avec les États, au point d'imposer, par ex sur vie privée, leurs standards ou leurs pratiques. Certes il est proposé d'intégrer à la protection des données personnelles (proposition de l'ancien directeur de la CNI cité par Jeffrey Rosen) un droit à l'oubli numérique, mais la mise en œuvre est difficile.

Le droit à l'oubli risque d'être de toute façon insuffisant, dès lors que les individus participent eux-mêmes à cette société de surveillance. Soit de façon passive, en profitant des services gratuits qui leur sont offerts sans se plaindre d'une atteinte à leur vie privée; soit, de façon plus active, en contribuant eux-mêmes à la surveillance du réseau. Compte tenu de la masse des informations diffusées, un contrôle centralisé et préventif est impossible et trop coûteux, aussi beaucoup de législations ont créé des mécanismes de signalement ou de notification des contenus litigieux. Tous les membres de la société sont chargés de la surveillance.

Se diffuse ainsi une culture de la surveillance qui renvoie au modèle pré-étatique des «sociétés du regard permanent», mais à l'échelle planétaire: à la fois libertaire et totalitaire, ce modèle ne correspond ni à un État mondial en gestation, ni au choix hégémonique imposé par un État, même s'il semble assez bien toléré par les grandes puissances.

En somme, la surveillance globale ne relève pas, à proprement parler, d'un Etat de police mais d'une police sans Etat, comme l'avait senti Hannah Arendt quand elle annonçait que la place du souverain absolu serait prise par une entité immatérielle et invisible. Et le numérique a achevé le travail, annonçant l'avènement d'un despotisme sans visage et sans nom, le «monstre doux» de Raphael Simone. Le mouvement serait-il irréversible et la défaite inéluctable? A moins que, sans renoncer à l'objectif de sécurité, nous retrouvions ce minimum de confiance qui permettrait un début de solidarité mondiale.

III. Pour conclure

Pour conclure, nous soumettons à la discussions deux propositions dont nous avons déjà commencé à débattre avec Luis Arroyo lors de la rédaction des *Chemins de l'harmonisation pénale* (M. Delmas Marty, M. Pieth, U. Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008). D'une part, identifier les indicateurs sociaux d'acceptabilité du risque, indispensables, non seulement pour éviter l'illusion du risque zéro, mais aussi pour permettre au juge de contrôler les effets de l'anticipation sur les droits humains et les libertés individuelles. D'autre part reconnaître la métamorphose de la souveraineté «solitaire» des Etats vers une souveraineté «solidaire» qui consisterait, non pas à réduire la compétence nationale, mais à l'élargir à la défense des biens communs mondiaux que sont la paix, la santé ou le climat. Deux façons, en somme, de restaurer la confiance dans cette communauté mondiale bien imparfaite dont dépend notre destin.

ESPÍRITU DEL TIEMPO Y DERECHO PENAL (*) (**)

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

I. *Zeitgeist* o «espíritu del tiempo»

Como ha señalado recientemente nuestro homenajeado¹ a la luz del ejemplo de la tortura, existen razones que llevan a tener que ocuparse hoy de temas aparentemente superados². Aún peor, según Luis Arroyo, vivimos el peor momento desde 1945 debido a una pluralidad de factores tales como el terrorismo global, las migraciones masivas, los choques

(*) Texto reelaborado de la conferencia «Espíritu del tiempo y Derecho penal», pronunciada online el 1 de diciembre de 2020 bajo los auspicios del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires), que dedico con mi mayor estima y consideración personal al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero, penalista erudito y comprometido con la causa de una política criminal humanista a nivel global. He tenido la fortuna de poder conversar con él regularmente a lo largo de más de dos décadas sobre intereses comunes y los problemas del Derecho penal que en cada momento aparecían como más acuciantes, siempre tratando de no perder de vista el contexto cultural e histórico en sentido amplio. Compartíamos desde el principio el «nexo» de la formación predoctoral al lado del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch en las mismas salas de estudio del *Kriminalwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia, adonde fuimos enviados por nuestros respectivos maestros, por lo que nunca resultó difícil congeniar a pesar de la diferencia generacional o posibles divergencias de opinión.

(**) Este trabajo se incardina en los siguientes proyectos de investigación: 1. «Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias» (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [<https://blog.uclm.es/proyectocresta/>], y 2. «Derecho penal y comportamiento humano» (RTI2018-097838-B-100) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICINN-Programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad) [<https://blog.uclm.es/proyectodpch/>].

¹ Sobre su figura es especialmente recomendable la siguiente lectura: GARCÍA RAMÍREZ, S., «El jurista desde el caleidoscopio. *Laudatio* para Luis Arroyo Zapatero», en ARROYO ZAPATERO, L./GARCÍA RAMÍREZ, S., *De los delitos y las penas entre México y España*, México: MAPorrúa, pp. 9-21.

² ARROYO ZAPATERO, L., «La tortura y lo inhumano. Fundamento de su prohibición absoluta», en Asencio Mellado, J. M.^a (Dir.), *Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, p. 161.

culturales, la crisis financiera internacional sin consecuencias penales y la crisis climática, «pero los penalistas y los criminólogos no hemos caído del cielo, tenemos una historia, una construcción intelectual y científica acumulada y podemos explicar cosas que la sociedad necesita saber para evitar las manipulaciones interesadas»³.

Y es que el espíritu de los tiempos que marca la pauta en cada época –y todo lo impregna con valoraciones y representaciones colectivas– obliga hoy a no considerar ciertos fenómenos como nuevos⁴, sino más bien a indagar en sus orígenes a fin de confrontarlos con el modelo de Derecho penal que resulta de la Constitución⁵. A esta adecuación con fundamento último en la protección de los Derechos Humanos ha dedicado Arroyo Zapatero buena parte de su obra⁶, enfocada de modo especial últimamente en la lucha contra la pena de muerte⁷.

³ ARROYO ZAPATERO, L., «Las tres pasiones de las Ciencias Penales», *Criminalia*, Año LXXXVII, Nueva Época, diciembre-2020, p. 89.

⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «El espíritu de los tiempos: sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social (1949-2009)», en ARROYO ZAPATERO, L. et al. (Edit.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 11-18.

⁵ Vid., entre otras referencias, GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2015, pp. 9 y ss.; Quintero Olivares, G. (Dir.)/Jaira i Manzano, J. (Coord.), *Derecho penal constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, *passim*; WILFERT, M. V., *Strafe und Strafgesetzbuch im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 10 y ss.; ZAFFARONI, E. R., *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, pp. 86 y 135; DEMETRIO CRESPO, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Prólogo de F. Muñoz Conde, Madrid: Reus, 2020, pp. 109 y ss.

⁶ Vid.: ARROYO ZAPATERO, L., «Prohibición del aborto y Constitución», *RFDUCM*, núm. 3, monográfico *La reforma del Derecho Penal*, 1980, pp. 195-222; *id.*, «Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal», *REDC*, 1983, pp. 5-10; *id.*, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *RJCL*, núm. 1, 1987, pp. 97-110; *id.*, «Derecho Penal económico y Constitución», *RP*, núm. 1, 1998, pp. 1-15; *id.*, «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», *RP*, núm. 3, 1999, pp. 5-10.

⁷ Vid.: ARROYO ZAPATERO, L., «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña», *RFDUC*, núm. 62, 1981, pp. 47-66 [También en: Rodríguez Yagüe, C. (Ed.), *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, pp. 471-502]; Arroyo Zapatero, L./Biglino, P./Schabas, W. (eds.), *Hacia la Abolición universal de la pena capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; ARROYO ZAPATERO, L., «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L./Biglino, P./Schabas, W. (Edit.), *Contra el espanto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 81 y ss.; *id.*, «La prohibición de las penas cueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, núm. 385, 2013, pp. 5-26; *id.*, «Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y la pena de muerte», en Bordes Caballero, J./Arroyo Zapatero, L. (Edit.), *Contra la crueldad de la pena de muerte/Against the cruelty of capital punishment*, Madrid: Arts Gráficas Palermo, 2013, pp. 27-48. [También en: Arroyo, L./Nieto, A./Schabas, W. (ed.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 213-228]; *id.*, «Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L. (Ed.), *La pasión de la crueldad, el Papa Francisco contra la pena de muerte*, Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2016,

Para ello ha creado incluso una red académica a fin de lograr su abolición universal⁸, meta que se relaciona hoy con objetivos de mayor alcance entre los que figura en primera línea la erradicación del hambre en el mundo⁹.

Hay un *Zeitgeist* en la religión, en el arte, en la música, en la cultura política, en la conciencia de Estado, en las costumbres de vida, en la filosofía, en la percepción del mundo, en las estimaciones éticas o en la educación¹⁰. Según Thomas Würtenberger, el espíritu del tiempo, en tanto que constitución espiritual de una época, marca las creencias de cada uno porque todos somos hijos de nuestro tiempo y nadie puede situarse fuera de él. Ahora bien, los *cambios de tendencia* en el espíritu del tiempo conducen a inseguridades y conflictos psicológicos. El espíritu del tiempo sería una suerte de lente que lleva a la conciencia determinadas corrientes en la ciencia, el arte, la teoría política o la ética social. Lo que se corresponde con el espíritu del tiempo es tomado como cierto, correcto, estético, etc.¹¹

II. Derecho penal teocrático versus secularización

1. *Chevalier de la Barre* y sus verdugos

Wolfgang Frisch comienza su bonito artículo sobre la correlación entre teoría del Estado y Derecho penal enmarcando el momento histórico en el que se produce en la Francia del Antiguo Régimen el proceso penal contra un chico de diecinueve años llamado *Chevalier de la Barre* (1745-1766) en el año 1766¹². Se le acusaba de haber difamado el crucifijo y haber procesionado con la cabeza cubierta y sin arrodillarse el día de todos los santos¹³. El 28 de febrero de 1766 fue juzgado por

pp. 53-96.; *id.*, «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el Derecho Internacional», en Arroyo Zapatero, L./Estrada Michel, R./Nieto Martín, A. (Edit.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital, de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 15-22.

⁸ <http://www.academicforabolition.net/>

⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «La prohibición de las penas cueles e inhumanas...», p. 23.

¹⁰ WÜRTEMBERGER, T., *Zeitgeist und Recht*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1987, p. 23.

¹¹ WÜRTEMBERGER, T., *Zeitgeist...*, p. 24.

¹² FRISCH, W., «Von theokratischem zu säkularer Strafrecht. Zum Zusammenhang von Staatstheorie und Strafrecht», en SALIGER F. (Hg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, p. 575.

¹³ *Vid.*: PETR, C., *François-Jean Lefebvre. Chevalier de La Barre. Voyou de Qualité*, Pantin: Temps des cerises, 2007; GENTEA, A., «Hacia la humanización de la justicia penal en la Francia Ilustrada: la aportación de Voltaire», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, 2004, pp. 393-422.

un delito, considerado grave, de blasfemia, en virtud del cual debía ser decapitado y luego quemado en la hoguera, previa amputación de la lengua. Junto a él, debía también arrojarse a la hoguera el *Diccionario Filosófico* de Voltaire, que le fue encontrado al acusado y fue visto como el trasfondo intelectual de los hechos reprochados. Aunque el proceso llegó a segunda instancia ante el Parlamento de París, este confirmó el pronunciamiento anterior y, después de que el Rey Luis XV denegara el indulto, se ejecutó el fallo en la plaza del mercado de Abbeville el 01 de julio de 1766¹⁴.

Lo que hoy en día nos hace contemplar el caso de *Chevalier de la Barre* como algo espantoso e incomprensible no es solo que la blasfemia ya no forme parte del catálogo actual de delitos, sino que, junto a ello, el tipo y gravedad de la pena resulta terrorífico. Como bien señala Frisch, ello se debe a que al Estado secularizado no le corresponde castigar el ataque a la autoridad divina o la lesión de la voluntad divina o de sus mandatos, sino que *su función está delimitada terrenalmente* y se circunscribe a posibilitar una pacífica convivencia de sus ciudadanos¹⁵.

La explicación de una evolución semejante radica en gran parte en la radical *transformación del espíritu de los tiempos* que trajo consigo el pensamiento de la Ilustración. Frisch señala al respecto *tres grupos de factores decisivos*; el humanismo, el racionalismo y razones históricas. En particular, la confluencia del racionalismo y la Ilustración –con autores como *Hobbes* (1588-1679), *Grotius* (1583-1645) y *Pufendorf* (1632-1694), entre otros pensadores– habría sido clave en el final del Derecho penal teocrático. El gran salto habría venido de la mano de la siguiente generación de filósofos, tales como *Montesquieu* (1689-1755), *Beccaria* (1738-1794), *Voltaire* (1694-1778), *Filangieri* (1752-1788) y *Bentham* (1748-1832). En este sentido, la *pena como mera venganza* resultaba ya insostenible en el plano filosófico, bien que la pena útil debía ser sometida asimismo a límites; mientras que la tortura como medio de averiguación de la verdad en el proceso penal era frontalmente rechazada¹⁶.

¹⁴ FRISCH, W., «Von theokratischem...», p. 576.

¹⁵ FRISCH, W., «Von theokratischem...», p. 580.

¹⁶ FRISCH, W., «Von theokratischem...», p. 585.

2. Cesare Beccaria y otra «gente peligrosa»

En palabras de Luis Arroyo, «en el principio era Beccaria»¹⁷. Beccaria llegó a París un 18 de octubre de 1766. Allí fue recibido con todos los honores y una alta expectación por los filósofos de la época debido a la publicación dos años antes de su *Dei delitti e delle pene*. El salón parisino del Barón d'Holbach (1723-1789) se consideraba a la sazón el epicentro del debate y la audacia intelectual, lugar de encuentro semanal para los colaboradores de la *Encyclopédie*. Según cuenta Philip Blom, no fue un viaje feliz; por una parte, tenía nostalgia de Milán y de su esposa, le resultaba difícil hablar francés y se sentía amedrentado por sus nuevos amigos, que le doblaban la edad¹⁸. Por otra, los intelectuales de la época, aunque valoraban su libro, no compartían sus ideas –muy especialmente acerca de la pena de muerte– y lo consideraban *naïf*¹⁹.

No obstante, como bien advierte Blom, la razón de su éxito, que perdura hasta nuestros días, es que planteaba *otra visión del mundo* que chocaba con el todavía incipiente cambio del espíritu de la época y que, con todo, logró abrirse camino en medio de grandes dificultades. En efecto, Beccaria se fijó anticipadamente en el problema clave del Derecho penal del Estado de Derecho, la pregunta por los Derechos Humanos, la legitimación y el ejercicio del poder en la sociedad²⁰. En este sentido, era y puede seguir siendo considerado un representante del pensamiento ilustrado radical. Planteó cuestiones abiertas que nos interpelan hoy, en tiempos de populismo, de forma especialmente clara: *¿es posible lograr una sociedad justa y cómo debería ser?* Se trataba de pensar la naturaleza humana de modo distinto, proyectándose hacia el futuro desde lo que Arroyo Zapatero ha caracterizado como «la pasión contra la arbitrariedad»²¹. Esta sería entonces la verdadera aportación de Beccaria vista en el plano histórico; mientras que Holbach y sus amigos centraban su atención completamente en el presente desde la perspectiva cortoplacista que otorga una vida humana²².

¹⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «La tortura y lo inhumano», pp. 163-164.

¹⁸ BLOM, P., *A Wicked Company. The Forgotten Radicalism of the European Enlightenment*, New York: Perseus Group Book, 2010 [= *Böse Philosophen. Ein Salon in Paris und das vergangene Erbe der Aufklärung*, München: Carl Hanser Verlag, 2011; = *Gente Peligrosa. El radicalismo olvidado de la tradición europea*, Barcelona: Anagrama, 2012], p. 309.

¹⁹ BLOM, P., *The Forgotten Radicalism*, p. 310.

²⁰ BLOM, P., *The Forgotten Radicalism*, p. 314.

²¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Las tres pasiones», pp. 91 y ss.

²² BLOM, P., *The Forgotten Radicalism*, p. 320 [«This social vision was an exhilarating creative and intellectual undertaking: to rethink human nature, human relations, and societies in the light of a materialist morality. In the long term, it was to be one of the main and perhaps most

III. Nacimiento del moderno Derecho penal del Estado de Derecho y la crítica de Kant y Hegel a Beccaria a propósito de la pena de muerte

Un buen ejemplo del carácter avanzado a su tiempo de Beccaria es su –en aquel momento– incomprendida posición sobre la pena de muerte, según la cual esta no podía contenerse en el contrato originario:

«¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyan los hombres para matar cruelmente a sus semejantes? No ciertamente aquel del que derivan la soberanía y las leyes. Estas no son más que una suma de mínimas porciones de libertad privada de cada uno, y representan la voluntad general que es el agregado de las voluntades particulares. ¿Quién ha querido jamás dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo? (...) No es, pues, la pena de muerte un *derecho*, ya que he demostrado que no puede serlo, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque juzga necesaria o útil la destrucción de un ser: pero si demuestro que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad»²³.

Es decisivo darse cuenta de que lo que propone Beccaria es, en último término, una *concepción acerca del sentido y la finalidad de la pena* diametralmente opuesto al propugnado por el «retribucionismo»²⁴, cuyo impacto e influencia en las dos versiones de sus más conspicuos representantes –Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831)– llega hasta nuestros días²⁵, sin que se haya cumplido hasta la fecha la «despedida» de ambos anunciada en 1968 por Ulrich Klug²⁶.

neglected legacies of the radical Enlightenment. In the short term, however, all thoughts were on the present. They had to be: Several years after his very public falling out with Holbach and his salon, Rousseau reappeared from Switzerland in the full bloom of paranoia, feted and admired and ready to haunt the friends again»].

²³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Madrid: Aguilar, 1976 (Introducción, notas y traducción de F. Tomás y Valiente), pp. 114-115.

²⁴ Sobre la conexión entre retribucionismo y pena de muerte como un «obstáculo más difícil de vencer» que otros argumentos en contra de esta ya en: DEMETRIO CRESPO, E., «Sobre el presunto efecto disuasivo de la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L. et al. (Edit.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 76 y ss.

²⁵ Una visión crítica acerca del retribucionismo clásico y sus diversas reformulaciones modernas puede verse en DEMETRIO CRESPO, E., «Crítica a la retribución como fin de la pena», en *acfs, Protocolo I*, 2021, pp. 107 y ss.

²⁶ KLUG, U., «Abschied von Kant und Hegel», en BAURMANN, J. (Hg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main: Fischer, 1968, pp. 36-41 [también en: *Id.*, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht. Band 2. Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*, Ber-

Se hace necesario, por tanto, *darles la palabra*, reproduciendo sendos pasajes en los que se condensan sus respectivas filosofías penales y las consiguientes invectivas contra Beccaria.

En cuanto a Kant, todavía resuenan y «producen escalofríos» las siguientes palabras extraídas de la *Metafísica de las costumbres*²⁷:

«La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo». Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. (...). Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en un pueblo, te lo haces a ti mismo (...). Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones (...). Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia»²⁸.

lin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 1981, pp. 149-154. [≥ «Despedida de Kant y Hegel (Una crítica jusfilosófica básica)», en *Id.*, *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, 2.^a reimp., México D. F.: Fontamara (trad. Jorge M.^a Seña), 2002, pp. 31-36.]

²⁷ La historia de su aparición fue accidentada: «desde 1765 anuncia Kant que cuenta con los materiales necesarios para unos «principios metafísicos de la sabiduría cósmica práctica», en 1767 reitera su propósito de elaborar una metafísica de las costumbres, con un carácter muy diferente al que tendrá la Crítica ulterior, y de nuevo en 1785 habla de construir una metafísica de las costumbres, despertando gran expectación. Sin embargo, hasta finales de 1796 o enero de 1797 no se publica la primera edición de los *Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*» (CORTINA ORTOS, A., «Estudio Preliminar», en KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 1989, XVIII-XIX).

²⁸ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 1989, pp. 166-169 (§ 331-333).

Con el mencionado fundamento y sobre la base de la distinción entre perspectiva *nouménica* (el sujeto, como legislador desde una razón pura jurídica, acepta con los demás que haya una ley penal) y *fenoménica* (el sujeto como súbdito ha de ser castigado por las leyes penales porque ha querido la acción punible, y no le corresponde a él, sino al tribunal, dictar la pena)²⁹, Kant lanza el siguiente severo ataque a Beccaria:

«Por consiguiente, todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas *a priori* (...).

En cambio, el marqués de *Beccaria*, por el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (*compassibilitas*), ha sostenido que toda pena de muerte es *ilegal*, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario; pues en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si matara a otro (del pueblo); pero este consentimiento es imposible porque nadie puede disponer de su vida. Todo es sofistería y rabulismo. Nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una *acción punible*; en efecto, cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser *castigado*»³⁰.

Por lo que concierne a Hegel, desde una perspectiva diferente, que ha encontrado numerosos partidarios en ciertas corrientes del pensamiento penal contemporáneo³¹, se puede leer en su obra *Filosofía del Derecho*:

«Si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se considera en general sólo como *mal*, se puede, ciertamente, juzgar como irracional *querer un mal* meramente *porque ya existe otro mal*. En las distintas teorías sobre la pena, ese carácter superficial de *mal* se presupone como el principal elemento: teoría de la prevención, de la intimidación, del escarmiento, de la corrección, etcétera, y lo que, por

²⁹ CORTINA ORTS, A., «Estudio Preliminar», pp. LVII-LVIII.

³⁰ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 1989, p. 171 (§ 335).

³¹ En particular, sobre la teoría de la pena de Hegel y su reformulación en el contexto de las llamadas teorías expresivas de la pena, *vid.* DEMKO, D., «Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien», en M. KUBICIEL *et al.* (Hg.), *Hegel's Erben?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 277 y ss.

el contrario, debe resultar como bien, se determina justamente de un modo superficial. (...). En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la *existencia* que tiene el delito, y qué se debe anular; aquélla es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté (...). La vulneración que afecta al delincuente no sólo es justa en sí –como justa es, a la vez, su voluntad, que es en sí y la existencia de su libertad, el Derecho-, sino que también es un *Derecho impuesto en el delincuente* mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. Porque en su acción, como acción de un ente *racional*, está implícito un *universal* (...). La superación del delito es el *castigo*, pues según el concepto es la *vulneración de la vulneración* y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la *igualdad* en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma»³².

En el caso de Hegel, la crítica a Beccaria, si bien no tan despreciable, es igual de tajante:

«Beccaria ha negado públicamente al estado el derecho a aplicar la pena de muerte, en razón de que no puede suponerse que en el Contrato Social esté contenido el consenso de los individuos para dejarse matar; antes bien, debe presumirse lo contrario. Solo que el Estado no es un contrato, ni su esencia sustancial la *defensa* y *garantía* de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional; más bien, es lo más elevado que, también, pretende esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de las mismas (...). Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular»³³.

Pues bien, frente a ambas posturas cabe decir, con Bernd Schünemann³⁴, que el Derecho penal del Estado de Derecho no puede fundamentar la pena en la retribución por una razón bien sencilla: la pena no

³² HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, Prólogo de Carlos Marx, 5.ª ed., Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, pp. 107-109 (§ 99-101).

³³ HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, pp. 108-109 (§ 100).

³⁴ SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal en el Estado Democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de su dogmática*, Madrid: Reus/Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2019 (traducción de R. Roso Cañadillas y C. Pérez-Sauquillo Muñoz) [= «Über Strafrecht im demokratischen Rechtssta-

es por regla general sólo *retribución*, sino que representa un exceso (*overkill*) que hace saltar por los aires la pretendida igualdad. En efecto, las reglas de juego de la retribución en sentido kantiano vienen dadas por la *ley del talión*, pero si al autor se le inflige algo peor que aquello de lo que es responsable, debe hablarse más bien de venganza³⁵. Además, es claro que un *mal* no se anula ni desaparece con otro *mal* equivalente, sino que simplemente se duplica.

Schünemann lamenta, con razón, que Kant no extrajera de su definición del Derecho –como el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre arbitrio de uno se puede compaginar con el de los demás según una ley universal de libertad– la consecuencia de que solo pueden pensarse las lesiones a la libertad ajena, en lugar de enredarse en una desafortunada polémica contra Beccaria, «llegando a defender la propagación de tipos penales cuya realización únicamente infringe normas morales, pero no fundamenta ningún daño social»³⁶. Esto implicaría, en términos algo más concretos, que la teoría de la retribución kantiana conlleva el peligro de una extralimitación e invasión de la moral en el Derecho penal debido al reconocimiento al «reproche moral» de una función independiente en el nivel de *fundamentación* de la pena (junto a la prevención del daño social y a la idea de culpabilidad como puro principio de legitimación debido a la posibilidad del autor de evitar el delito)³⁷.

Por lo que se refiere al extendido *enfoque dialéctico de raíz hegeliana* claramente circular según el cual la imposición de la pena conlleva el restablecimiento contrafáctico de la vigencia de la norma³⁸, cabría también suscribir las palabras de Schünemann en el sentido de que dicha «creencia», aunque no llega tan lejos como la invención de ubicuidad atribuida en muchas religiones a cualesquiera seres suprasensoriales, en realidad no sería más que una *petitio principii* que encierra una confusión entre condición necesaria y suficiente³⁹.

at, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda», *ZIS*, 2016, pp. 375-393], pp. 15, 45 y ss.

³⁵ SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal*, p. 46.

³⁶ SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal*, p. 39.

³⁷ SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal*, p. 41.

³⁸ *Vid.*, entre otras referencias, SEELMANN, K., «Günther Jakobs und Hegel», en KINDHÄUSER, U., et al. (Hg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, pp. 85 y ss.

³⁹ SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal*, p. 42.

IV. «Espíritu de nuestro tiempo» y Derecho penal

1. *Metamorfosis del mundo: entre «doctrinas» y «espacios de acción»*

No es posible desarrollar en el acotado espacio que permite este artículo analizar ni siquiera de forma somera los factores y vectores que juegan a día de hoy un papel relevante en el –como reza el título del libro de Ignacio Berdugo– *viejo y nuevo Derecho penal*⁴⁰; pero algo es seguro, para comprender en su justa dimensión los problemas que en cada momento aparecen como *modernos* es preciso no perder de vista el contexto cultural en sentido amplio. El «espíritu de nuestro tiempo» no es precisamente favorable a una comprensión de este tipo como demuestra toda la discusión que se ha generado en tiempos recientes acerca del llamado «derecho penal del enemigo»⁴¹. Y, sin embargo, los riesgos de proceder de otro modo son evidentes y pueden traducirse en dar «carpetazo» en nombre de los «flujos ideológicos» predominantes a más de doscientos años de lenta evolución y esfuerzo continuo por afianzar las paredes maestras del Derecho penal del Estado constitucional de Derecho.

Ulrich Beck confiesa en su libro póstumo *La metamorfosis del mundo* que este constituye un intento de salir de un gran desconcierto; a saber, la imposibilidad de dar respuesta a la «confusión del mundo» en términos conceptuales, como exigía Hegel⁴². En su opinión, las nociones de *cambio* de que dispone la sociología –tales como «evolución», «revolución» o «transformación»– no sirven para dicho propósito «pues vivimos en un mundo que no está solo cambiando, sino que se está metamorfoseando»⁴³. Ahora bien, ¿qué significa esto? Beck entiende por *metamorfosis* un fenómeno más radical mediante el cual «las viejas certezas de la sociedad moderna se desvanecen mientras surge algo completamente nuevo»⁴⁴. De forma más precisa, y a la luz del ejemplo del cambio climático, la metamorfosis equivaldría a la revisión de la cosmovisión nacional e implica adoptar una suerte de «cosmopolitismo

⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: Iustel, 2012, pp. 193 y ss.

⁴¹ Vid. DEMETRIO CRESPO, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho*, pp. 15 y ss. (y la bibliografía allí citada).

⁴² BECK, U., *La metamorfosis del mundo*, Barcelona: Paidós, 2017, p. 17.

⁴³ BECK, U., *La metamorfosis*, p. 17.

⁴⁴ BECK, U., *La metamorfosis*, p. 17.

metodológico» como nueva «imagen del mundo»⁴⁵; lo que conllevaría, a su vez, una revolución científica en el sentido elaborado por Thomas Kuhn^{46/47}. A este respecto distingue Beck entre «doctrinas» (*Glaubenssätze*) y «espacios de acción» (*Handlungsräume*), aclarando que mientras que las primeras pueden ser más o menos locales o minoritarias, los segundos son inexorablemente cosmopolitas⁴⁸. Y para mostrarlo pone como ejemplo el de la «cosmopolitización de la delincuencia», de modo que solo observando y comprendiendo los medios de los que se valen los criminales y las multinacionales que actúan fuera de la ley es posible configurar una reacción adecuada^{49/50}. Se podría conectar aquí con lo que Luis Arroyo concibe como «lucha contra la inequidad», entendida como un posicionamiento en contra de la aplicación desigual de la ley penal, la impunidad de los genocidios, de los poderosos y de las empresas contra los Derechos Humanos⁵¹.

II. Ciencia del Derecho penal: entre aceleración y resonancia

El «espíritu de nuestro tiempo» pone al descubierto otra «imagen del hombre» (*Menschenbild*) –desde el *Homo cosmopolitanus* propuesto por Beck hasta el *Homo Deus* de Harari⁵²– y, con ella, otra «imagen del mundo» (*Weltbild*). Esta última se caracteriza por la aceleración, no solo en la vida cotidiana, sino en todo lo demás, lo que conduce con frecuencia a una dinámica «colectiva» irreflexiva y de precipitación, que en el campo jurídico se traduce en reformas legales sin sentido a golpe «de caso concreto». Pero también el carácter sistemático en la

⁴⁵ BECK, U., *La metamorfosis*, p. 20.

⁴⁶ Así, BECK, U., *La metamorfosis*, p. 34.

⁴⁷ KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962 [= *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976; = *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1981].

⁴⁸ BECK, U., *La metamorfosis*, p. 22.

⁴⁹ BECK, U., *La metamorfosis*, p. 24.

⁵⁰ Vid.: DEMETRIO CRESPO, E., «Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (Dir.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 11-24 (y la bibliografía allí citada).

⁵¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Las tres pasiones», pp. 90 y 122-124.

⁵² HARARI, Y. N., *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Barcelona: Debate, 2016, p. 63 [«No podemos contar con la muerte para que nos libre de ser completamente irrelevantes. Incluso si en 2100 los dioses no caminan aún por nuestras calles, es probable que el intento de mejorar a *Homo sapiens* cambie el mundo hasta hacerlo irreconocible ya en este siglo. La investigación científica y los desarrollos tecnológicos se mueven a una velocidad mucho más celer de lo que la mayoría de nosotros puede comprender»].

elaboración científica «hace aguas» y conceptos elaborados con cuidado a largo del tiempo como diques frente a la arbitrariedad parecieran evaporarse o, en el mejor de los casos, *perder* importancia⁵³. Cíclicamente se ha hablado de crisis del Derecho penal o de las Ciencias Penales⁵⁴, y aunque la expresión «crisis» se convierte en banal si este es, en definitiva, su estado permanente, estos procesos pueden agravarse si no se atiende a los «cambios de paradigma» latentes en clave retrospectiva. Y es que, en este momento, la *crisis* del Derecho penal, con sus tendencias ilimitadamente expansivas y punitivas, es más bien el síntoma por excelencia de la crisis de la democracia⁵⁵. Desde luego, si algo puede afirmarse con cierta claridad, es que nuestro *Zeitgeist* es populista y que el *populismo*, con todas sus variantes, dicta el presente y marcará el futuro del Derecho penal⁵⁶. A este estado de cosas se suma el desafío que representan los avances científicos y la irrupción de tecnologías disruptivas en el Derecho penal y procesal penal de la mano de las neurociencias y los sistemas de inteligencia artificial⁵⁷.

Se trata aquí de poner a prueba, más allá de las modas, algo a lo que Arroyo Zapatero se ha referido como «pasión por el conocimiento»⁵⁸. Esta cuestión que atañe a la Filosofía de la Ciencia y, en particular, a la *teoría del conocimiento*, deberá ser objeto, dada su enjundia, de un trabajo independiente. Baste ahora con dejar apuntado que, según Harmut Rosa, brillante exponente de la última generación de filósofos de la *Escuela de Frankfurt*, las grandes crisis de la sociedad moderna –incluyendo la crisis climática y la crisis de la democracia– pueden ser entendidas y analizadas en términos de resonancia⁵⁹. La tesis central de su

⁵³ Vid., con más referencias, DEMETRIO CRESPO, E., «Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho», en De la Cuesta Aguado, P. M., et al. (coord.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 205.

⁵⁴ Vid., entre otras referencias, HIRSCH, H. J. (Hg.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

⁵⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho*, p. 5.

⁵⁶ Vid.: ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020, pp. 24 y ss., quien advierte que, aunque la crítica política más común del populismo consiste en tacharlo de iliberalismo, esta ya no parece la mejor estrategia argumentativa toda vez que los «cantores» del populismo rechazan explícitamente el modelo de la democracia liberal como reductor y confiscatorio de una democracia auténtica.

⁵⁷ Vid., entre otras referencias, DEMETRIO CRESPO, E., *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2017 (y la bibliografía allí citada); JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desacertada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Madrid: Marcial Pons, 2020; QUATTROCOLO, S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Cham: Springer, 2020.

⁵⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «Las tres pasiones», pp. 93 y ss.

⁵⁹ ROSA, H., *Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo*, Buenos Aires: Katz, 2019, pp. 397 y ss.

obra *Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo* reza así: «Si la aceleración es el problema, entonces quizás la resonancia sea la solución»⁶⁰. Nótese que la «solución» no equivale a desaceleración, sino que se identifica con un estadio distinto en el que el ser humano y la sociedad se encuentran a sí mismos. La variable tiempo –propia del «espíritu de nuestro tiempo»– funge en este caso como una *modificación sistemática de las estructuras temporales* con una enorme capacidad de alienación que caracteriza a las sociedades modernas y que puede ser comprendida bajo el término *aceleración*, entendido como «una inderogable *tendencia escalatoria* motivada por el hecho de que la formación social de la modernidad solo puede estabilizarse dinámicamente»⁶¹.

V. A modo de conclusión

Como hemos visto, el «espíritu del tiempo» nos introduce inevitablemente en una *dimensión tensional* entre las creencias de una época, de las que nadie es capaz de sustraerse, y todas las demás variables relativas al contexto cultural e histórico en sentido amplio. Se puede resumir en gran medida el contenido de lo expuesto con una sola frase; a saber, no toda evolución significa un avance, pero todo avance debe ser analizado cuidadosamente con la lupa del conocimiento científico en aras de combatir la arbitrariedad y la inequidad. Esto significa, en esencia, que no se dispone de un modelo alternativo al Derecho penal del Estado de Derecho basado en la protección de los Derechos Humanos y que debemos alejarnos de cualquier banalización respecto a este punto crucial; algo a lo que estamos inevitablemente expuestos, entre otros motivos, debido a la aceleración y la irreflexión colectiva propia de las sociedades modernas. Se propone, pues, poner en valor *las tres pasiones* a las que se refiere nuestro homenajeado en el precioso texto que reiteradamente hemos citado y que bien puede servir como guía para tal propósito.

⁶⁰ ROSA, H., *Resonancia*, p. 15.

⁶¹ ROSA, H., *Resonancia*, p. 15.

ROXIN Y LA POLÍTICA CRIMINAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO*

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga

I. Introducción

La función que se ha atribuido en las últimas décadas a la política criminal en el conjunto de las ciencias penales ha estado profundamente influida por el pensamiento de Roxin. Su tesis surge desde la discrepancia que mantiene con el entendimiento de la política criminal por v. Liszt, el más conspicuo impulsor de este saber en el marco de las disciplinas penales. La propuesta de Roxin de proceder a una fuerte imbricación entre política criminal y dogmática jurídico-penal genera importantes consecuencias en la comprensión de cuáles sean los ámbitos epistemológicos de la política criminal, la dogmática jurídico-penal e, incluso, la criminología. Las páginas que siguen pretenden realizar un análisis crítico de contenidos esenciales de la propuesta roxiniana sobre el sistema de responsabilidad penal, así como de los efectos, a veces no pretendidos por el autor, a que tal propuesta ha dado lugar.

II. El carácter omnicomprensivo y la desnaturalización semántica del adjetivo *político-criminal*

1. Podemos empezar preguntándonos por cuál sea el significante con el que el autor se refiere de manera unitaria a toda esa gran variedad de contenidos axiológicos que introduce en el sistema de responsabilidad penal. E inmediatamente resalta un término, un adjetivo: *político-criminal*. Nuestro autor dota a ese calificativo de un significado, de

* Esta contribución al homenaje al querido y admirado colega Luis Arroyo Zapatero constituye una versión reducida del estudio titulado *La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin*, recién publicado en RECPC, 2021.

un contenido semántico, que lo hace sinónimo de todo lo que, en el derecho penal en general y en el sistema de responsabilidad penal en particular, deba suponer, a su juicio, una aportación valorativa o axiológica, con independencia de que estemos ante una reflexión o un componente principal o utilitario.

Esa equiparación conceptual entre lo axiológico y lo político-criminal, singularmente marcada cuando se trata de componentes valorativos introducidos *ex novo* o destacados específicamente por el autor, se puede fácilmente rastrear a lo largo de la gran mayoría de publicaciones de Roxin y, hasta cierto punto, hace ociosa su demostración¹. De todos modos, dada la trascendencia que más adelante vamos a dar a ese hecho, procederé a continuación a recoger algunos ejemplos referidos a reflexiones, argumentos, conceptos y elementos diversos formulados en relación con el sistema de responsabilidad penal.

Si comenzamos por la caracterización general que hace de su orientación sistemática, calificada con mucha frecuencia de político-criminal-teleológica², no hay que ir muy lejos para comprobar que él mismo la equipara con un enfoque sistemático orientado valorativamente³. Cuando quiere marcar diferencias entre su sistema y los precedentes insistirá, ante todo, en que lo específico de su sistema es que está estructurado en torno a determinadas valoraciones o criterios rectores nor-

¹ Manifestaron tempranamente su desacuerdo con esa equiparación, STRATENWERTH, G, «Buchbesprechung Roxin Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 55 Jahrgang, Heft 4, 1972, p. 197, quien, sin negar la presencia de numerosos criterios valorativos en el sistema de responsabilidad penal, y en el derecho penal en general, rechaza que todos esos criterios valorativos, en cuanto adecuados, hayan de ser considerados por eso mismo político-criminales; ZIPF, H, «Literaturbericht. Kriminalpolitik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 89, 1977, p. 710. Considera la reiterada referencia de Roxin al significativo político-criminal un mero lugar común, un expediente retórico, que da más margen de actuación al intérprete sin generarle mala conciencia, pero que elude la cuestión central, a saber, una correcta determinación de lo que constituya la política criminal, ORTIZ DE URBINA, I, «Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en Ontiveros, M, Peláez, M, coords., *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, T. I, Ciudad de México: Instituto nacional de ciencias penales, 2003, pp. 421-423; del mismo, «La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo», en Octavio de Toledo y Ubieta, E, Gurdíel Sierra, M, Cortés Bechiarelli, E, coords., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant, 2004, pp. 859-860, 864-866, 890.

² En ocasiones complementada por el adjetivo de *funcional*. Entre los más frecuentes términos empleados por Roxin para calificar su sistema están: *Zweckrationales (funktionales) Strafrechtssystem*, *teleologisch-kriminalpolitischer Systementwurf*, *kriminalpolitisch-teleologischer (funktionaler) Systementwurf*, *Wertungsorientiertes System*, *teleologisch-kriminalpolitische Verbrechenlehre*. Véase ROXIN, C, «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», en Albrecht, HJ, Dünkel, F, Kerner, HJ, et al, hrgs, *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 886; del mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2006, pp. 205, 221, 232, 234.

³ Véase ROXIN, C, *Strafrecht*, cit, p. 221.

mativos, que son calificados ineluctablemente como político-criminales⁴. Es la configuración del sistema en torno a esos contenidos valorativos político-criminales la que le permite superar, en primer lugar, las constricciones ontológicas de los sistemas causalista y finalista, que les conduce a soluciones valorativamente incorrectas en cuanto que son poco razonables político-criminalmente. Y también le posibilita superar al sistema neoclásico, que se ha conformado con introducir, de manera aislada y descontextualizada, correcciones valorativas de naturaleza político-criminal en el sistema causal positivista⁵.

Se podría pensar, con todo, que esta equiparación entre lo político-criminal y lo axiológico se restringe solo a una parte de los contenidos valorativos de su sistema. Más en concreto, a los que constituyen directrices, a los que persiguen fines u objetivos, y no a los que reflejan principios en sentido estricto. Así puede parecer en las frecuentes ocasiones en que los términos político-criminal y teleológico están estrechamente vinculados, o en las que el autor parece pensar que la cualidad político-criminal de su sistema reside en el protagonismo atribuido a las necesidades preventivas, a la teoría de los fines de la pena. Sin embargo, una lectura más cuidadosa de sus propuestas muestra de forma diáfana que atribuye a su sistema el carácter de político-criminal porque es capaz de introducir en la sistemática del delito una gran variedad de contenidos valorativos, tanto aquellos que intentan salvaguardar su utilidad preventiva como los que sientan los principios limitadores del *ius puniendi*. Todo ello se acompaña de una desmesurada ampliación semántica del significante *teleológico*⁶. En resumidas cuentas, y como dirá en alguna ocasión, todos los contenidos axiológicos a integrar o integrados en el derecho penal son, por ese mismo hecho, político-criminales⁷.

⁴ ROXIN, C, *Strafrecht*, cit, p. 227; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit, pp. 886, 889; del mismo, «Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute», en Schünemann, B, hrg, *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002, p. 22; del mismo, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik», en Dölling, D, hrg, *Ius Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für E J Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker und Humblot, 2003, pp. 423, 432, 433.

⁵ Véase ROXIN, C, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducc. Muñoz Conde, F, Barcelona: Bosch casa editorial, 1972, pp. 19, 33-38, 77-78; del mismo, «Nachwort», en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 1973, pp. 48-49; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 205-206, 232-233; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit, p. 886; del mismo, «Kriminalpolitik», cit, pp. 22, 37; del mismo, «Normativismus», cit, pp. 425-426.

⁶ Véase ROXIN, C, *Política criminal*, cit, pp. 27-28, 33, 77; *Strafrecht*, cit, pp. 205-206, 222, 228, 234; del mismo, «Kriminalpolitik», cit, pp. 22, 31, 26-37; del mismo, «Normativismus», cit, pp. 429-436.

⁷ Véase ROXIN, C, *Strafrecht*, cit., pp. 222, 1045.

Las afirmaciones precedentes le permiten a ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Roxin y la dogmática», cit, pp. 864-866, 889-890, sostener que el atributo político-criminal, así entendido, no

Si, a continuación, nos ocupamos de las diversas categorías que configuran el sistema de responsabilidad penal, sabemos que es rasgo distintivo de la propuesta roxiniana que cada una de ellas aporte una o varias valoraciones específicas del comportamiento humano sometido a consideración, sin perjuicio de que acepte una limitada movilidad intercategorial de algunos contenidos valorativos. Pues bien, todos esos criterios normativos rectores de las diversas categorías, con la única excepción de los correspondientes a la categoría de la punibilidad, son calificados como político-criminales⁸.

Así sucede ya con la categoría de la *acción u omisión*, en la que la exigencia de que el hecho pueda atribuirse a alguien en cuanto manifestación de su persona constituye una valoración que persigue una determinada finalidad político-criminal, dejar fuera de la categoría todo lo que no sea encuadrable en el ámbito de lo permitido o prohibido⁹. Lo mismo sucede con todos los criterios normativos rectores del *tipo*, a saber, la labor de determinación legal del comportamiento prohibido, su finalidad de concretar la nocividad social, el atribuido efecto directivo o motivador del comportamiento, su ponderación entre necesidades de intervención social y de protección de las libertades individuales, esto es, sus simultáneas funciones de garantía y motivación, incluso el papel en ocasiones atribuido dentro de él al principio de culpabilidad. Son innumerables los pasajes en que todos y cada uno de esos componentes axiológicos son calificados como criterios, funciones, postulados, conceptos, enfoques, programas, cuestiones, elementos... político-criminales¹⁰. Una calificación similar se produce respecto a los criterios valorativos que han de abordar los conflictos sociales a resolver por la *antijuricidad*, así como a la definitiva configuración del juicio de nocividad social a que ello conduce. En este caso hay un específico afán en poner de manifiesto que la frecuente procedencia no jurídico-penal de los intereses a ponderar no impide calificar la ponderación

permite trazar diferencias entre los diversos sistemas penales pues todos podrían calificarse como político-criminales. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en Silva Sánchez, ed., *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: J. M., Bosch, 1997, pp. 18-19.

⁸ Véanse formulaciones generales en ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp. 49-50; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 177-178, 1045; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. p. 22; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 427-429. Sobre la punibilidad, ROXIN, *Strafrecht*, cit. pp. 227, 1036, 1043-1050.

⁹ Véase ROXIN, C., *Strafrecht*, cit. pp. 222-223.

¹⁰ Véanse, entre otros muchos lugares, ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp. 27, 39-40, 43-53; del mismo, «Nachwort», cit. pp. 45-46; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 206-207, 223, 227-228, 289-291; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 886-888; del mismo, «Kriminalpolitik», pp. 22, 31-32; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 432-434.

y la resolución del conflicto como político-criminal en la medida en que se decide sobre la punición o no del comportamiento¹¹. Y en la *responsabilidad (culpabilidad)* queda claro que el contraste característico entre garantismo y necesidades preventivas es un conflicto entre valores político-criminales todos ellos, por más que quepan matices sobre su carácter principal o utilitario¹².

Un fenómeno semejante se registra respecto a los elementos o instituciones jurídicas que componen las diversas categorías. Junto a afirmaciones genéricas relativas a que su configuración debe estar determinada por aspectos valorativos relevantes político-criminalmente¹³, menudean alusiones a ese condicionamiento en construcciones dogmáticas como la teoría de la imputación objetiva y el criterio del riesgo no permitido, el concepto de peligro abstracto, el dolo, la imprudencia, las causas de justificación y sus diversos elementos, la capacidad de actuar de otro modo, la minoría de edad relevante, el error de prohibición, las causas de exculpación, la participación dolosa, el desistimiento en la tentativa, por citar solo algunos ejemplos^{14, 15}.

2. Está claro, por consiguiente, que para Roxin cualesquiera contenidos valorativos insertos en el sistema de responsabilidad penal, o en el derecho penal en su conjunto, merecen el calificativo de político-criminales. Podríamos preguntarnos, ¿cuál es el problema? Parece no haber inconveniente en que la rica aportación valorativa roxiniana al sistema de responsabilidad penal y al derecho penal en general se ampare en un concepto como el de política criminal. Al fin y al cabo, la decisión de escoger aquellos valores, de los muchos posibles, que deben incorporarse al derecho penal es una decisión política, no importa si tiene un sentido estratégico o prudencial. Y, desde luego, es una decisión que incide específicamente en el ámbito penal o criminal.

¹¹ Véase ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp. 27-28, 40, 61-66; del mismo, «Nachwort», cit. pp. 46-47; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 224-226, 289-291; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 32-33.

¹² Véase ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp. 40-41, 66-74; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 207, 226-227; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 893-896; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 22, 23-25, 33-34; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 432-436.

¹³ Véase ROXIN, C., «Kriminalpolitik», cit. p. 22.

¹⁴ Véase ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp. 27-28, 43-51, 62-66, 68-74; del mismo, «Nachwort», cit. pp. 46-47; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 206-207, 224-226; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 886-888; 895; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 22, 31-32; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 425-426, 433-437.

¹⁵ A resultados equivalentes de equiparación entre contenidos valorativos y político-criminales lleva el análisis del sistema jurídico-penal relativo a los objetos de protección o a las sanciones, aunque no dispongo aquí de espacio para analizarlo. Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal», cit. p. 6.

El problema, sin embargo, surge porque el significante *político-criminal* o *política criminal* no es un bien mostrenco, a disposición de quien lo quiera usar para atribuirle el significado que más le convenga. El significante político-criminal y sus relacionados tienen una historia detrás, la cual le ha atribuido un significado o contenido semántico determinados. Su posible modificación, sea acotándolo, sea ampliándolo, sea transformándolo, necesita contar con buenas razones. Cambiar su significado con argumentos circunstanciales, pragmáticos, sirviéndose de un término prestigioso para cobijar contenidos semánticos muy diversos, supondría una desnaturalización del concepto *político-criminal*. A continuación, nos ocuparemos de la medida en que el sistema roxiniano ha hecho un uso aceptable de los términos política criminal y político-criminal.

III. Las discrepancias entre v. Liszt y Roxin sobre el deslinde entre política criminal y dogmática jurídico-penal

Un cabal entendimiento de la postura de Roxin sobre lo que sean y compete a la política criminal y a la dogmática jurídico-penal aconseja recoger en primer lugar la crítica que hace a los planteamientos de v. Liszt¹⁶. Pues en gran medida, al menos en sus inicios, desarrolla su propuesta en contraposición a la de v. Liszt.

En opinión de ROXIN, v. Liszt construye el concepto de política criminal a partir de su contraste con el de dogmática jurídico-penal. Así, esta última se desenvuelve en el ámbito de la aplicación del derecho penal vigente, y, sirviéndose de un método sistemático que ordena y elabora conceptualmente el derecho positivo, pretende fijar los presupuestos del delito, esto es, de la responsabilidad penal, de modo que se preserven las garantías individuales de los ciudadanos sometidos a la intervención penal. Por el contrario, la política criminal se dirige específicamente al creador del derecho penal, al legislador, y, con aportaciones en buena medida ajenas al mundo jurídico, pretende fijar los fines y contenidos del conjunto del derecho penal de modo que resulte un eficaz instrumento de lucha contra el delito y el delincuente, lo que logra especialmente a través de una correcta formulación del sistema de sanciones y su ejecución.

Sin embargo, ese contraste entre ambas disciplinas, formulado por v. Liszt con la loable intención de evitar que las necesidades de inter-

¹⁶ Un análisis de la postura de este autor en Díez RIPOLLÉS, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt», *RECPC*, 20-12, 2018, pp. 1-31.

vención social contra el delito terminaran socavando las libertades individuales, ya no es procedente para Roxin. Es cierto que esa tensión entre ambos objetivos, entre intervención y libertades, perdura, pero ya no pasa por la oposición entre política criminal y dogmática. Pues, ni la lucha eficaz contra el delito es una tarea exclusiva de la política criminal, como lo muestran los componentes directivos del comportamiento insertos en las categorías dogmáticas del delito, ni el establecimiento de límites a la intervención penal puede quedar exclusivamente en manos de la dogmática. Muy al contrario, ambas disciplinas se han de integrar en una unidad epistemológica, lo que se concreta en que los criterios valorativos¹⁷ propios de la política criminal han de desempeñar un papel activo e inmediato en el razonamiento dogmático¹⁸.

En suma, rechaza que la política criminal se haya de centrar sustancialmente en asegurar un sistema de penas y medidas preventivamente eficaz: tarea político-criminal tan importante como esa es establecer los elementos limitadores de la intervención penal. La política criminal no persigue la lucha contra el delito a cualquier precio, sino solo conforme a los principios que rigen nuestro estado de derecho. De ahí que sea función de la política criminal asegurar esa conformidad, estableciendo los criterios valorativos que han de configurar el sistema de responsabilidad y de sanciones.

IV. La concepción roxiniana de la dogmática jurídico-penal y la política criminal

1. Una primera consecuencia de esta integración entre dogmática y política criminal es que la política criminal pierde su autonomía epistemológica. Cuando Roxin enumera las ciencias penales, la *gesamte*

¹⁷ Más arriba creo haber demostrado que el uso roxiniano del adjetivo *político-criminal* hace referencia a cualquier contenido valorativo, sea principal sea utilitario, que desempeñe un papel en las ciencias penales. En consecuencia, utilizaré el adjetivo *valorativo* y sus sinónimos para referirme a lo que Roxin califica como *político-criminal*, siempre y cuando no me esté ocupando de deslindar entre dogmática y política criminal.

¹⁸ Añadiré que no basta con introducir correcciones valorativas en los productos sistemáticos de la dogmática, pues ello supone mantener la disociación liszteana entre ambas disciplinas, introduciendo un doble enjuiciamiento de una misma realidad objeto del derecho, la corrección dogmática versus la corrección político-criminal, lo que termina cuestionando tanto a una como a otra disciplina.

Expresa con contundencia esa equiparación epistemológica que Roxin lleva a cabo entre dogmática penal y política criminal, BORJA JIMÉNEZ, E, «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus ROXIN», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. LXVI, 2003, pp. 125-126, 145.

Strafrechtswissenschaft, en su obra más comprensiva, su tratado de Derecho penal. Parte general, menciona el derecho penal material, el derecho procesal penal, el derecho de determinación de la pena, el derecho de ejecución de penas, el derecho penal juvenil y la criminología. No hay mención alguna a la política criminal, a la que en algún otro lugar negará expresamente su carácter de ciencia.

Hay que esperar al momento en que se ocupa específicamente de la tarea de la dogmática jurídico-penal y de la función a desempeñar por el sistema de responsabilidad penal para encontrarnos con el apartado en que trata de las relaciones entre dogmática y política criminal¹⁹.

2. De su propuesta epistemológica surge, por tanto, una dogmática profundamente reforzada, a la que nuestro autor va a prestar especial atención. Una dogmática, por un lado, que va a girar de modo casi exclusivo en torno al sistema de responsabilidad penal, dejando en un segundo plano el sistema de determinación de los contenidos de tutela al igual que el sistema de sanciones y su ejecución²⁰. Esta dogmática de la responsabilidad penal, por otro lado, se desarrolla sustancialmente en el ámbito de la aplicación del derecho. Y reivindica la introducción en ella de un conjunto de criterios axiológicos, tanto de naturaleza principal como utilitaria, todos ellos con el marchamo de origen *político-criminal*, encargados de asegurar que la aplicación del derecho penal vigente respete las garantías propias del estado de derecho y produzca, al mismo tiempo, efectos preventivos del delito. Eso le lleva a sostener con rotundidad la legitimidad de la argumentación político-criminal en el sistema de responsabilidad penal, de modo que, ante construcciones sistemáticas basadas en el análisis, ordenación y abstracción lógicos de la ley positiva vigente, opone una sistemática cuajada de valores que se imponen sin remilgos a meras deducciones conceptuales. La corrección meramente sistemática habrá de ceder en todo momento ante la corrección valorativa.

La dogmática así considerada cuestiona la usual concepción de que la política criminal se ocupa del derecho *que debe ser* mientras que la dogmática atiende a la correcta interpretación del derecho *que es*. En realidad, el dogmático que interpreta el derecho vigente no se limita a

¹⁹ Véase ROXIN, C., *Strafrecht*, cit, pp. 4-7, 50, 227-230; del mismo, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?», en Hefendehl, R, ed., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 457. Algo más matizadamente, ROXIN, C., «Acerca del desarrollo reciente de la política criminal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 48, 1992, pp. 795, 803.

²⁰ Como he señalado, sobre estos otros dos pilares del derecho penal no me puedo ocupar ahora. Me remito a Díez Ripollés, J. L., «La política criminal», cit, *passim*.

labores de sistematización conceptual y subsunción del caso aislado en la ley, sino que perfecciona, mejora, innova el derecho vigente, sea al configurar los contenidos valorativos de los diversos presupuestos del delito, sea al aplicar la ley al caso concreto, siempre ajustado a los principios y directrices marcados por el legislador. En suma, la distinción que encabeza este párrafo es exagerada en la medida en que fidelidad a la ley vigente y trabajo político-criminal creador no se excluyen. Oponer al derecho que debe ser el derecho que es constituye una disyuntiva exagerada, pues no son términos opuestos: el dogmático hace política criminal con ropaje de dogmática.²¹

3. Si nos preguntamos por cuáles son los límites de esta dogmática cargada político-criminalmente observamos que son dos: El dogmático debe atenerse a los principios y directrices establecidos por el legislador, y en ningún caso debe contradecir las restricciones derivadas del principio de legalidad. La inobservancia de cualquiera de esos dos límites supone que el intérprete, singularmente el juez, se convierte indebidamente en legislador. Al intérprete discrepante con la formulación o el sustrato valorativo de la norma vigente solo le queda proponer reformas legales al legislador.

No obstante, nuestro autor se apresura a destacar que los principios y directrices legislativos se plasman solo de una manera abstracta, vaga, general, en los textos positivos, incluso en ocasiones quedan sin expresión legal, de modo que se deja un amplio campo de interpretación al dogmático. Este fenómeno es aceptable, pues es a través de la interpretación, la cual confronta el texto positivo con los valores que han inspirado al legislador y con la realidad objeto del derecho, como se saca a la luz el derecho vigente, y como la dogmática lo perfecciona y lo renueva. En realidad, el dogmático, al trabajar el texto positivo desde los valores que han inspirado al legislador pone de manifiesto principios, directrices, reglas o conceptos, coherentes con los criterios rectores del legislador, pero de los que este no era consciente. En ocasiones habrá que realizar interpretaciones que no podrán basarse en el texto positivo, pero que resultarán congruentes con decisiones legales adoptadas en contextos semejantes. De este modo progresa la dogmática y mejora el derecho vigente. En consecuencia, el autor nos dice que las decisio-

²¹ Véase ROXIN, C, *Política criminal*, cit. pp. 27-28, 33-34, 39-41, 57-59, 77-78; del mismo, «Nachwort», cit. pp.45-48; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 194-195, 205-206, 213, 221-222, 227-230, 232-234; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 887-888, 893-896; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 22-23, 34, 37; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 429, 434, 436.

nes del intérprete se fundan tanto en los usuales criterios interpretativos como en los resultados de la elaboración dogmática.²²

4. Pero Roxin no se detiene aquí, sino que sostendrá que su dogmática político-criminal no siempre deberá ajustar sus interpretaciones a los criterios axiológicos formulados por el legislador penal. Esto sucede, en primer lugar, porque las opciones valorativas constitucionales deben tener un acceso directo a la aplicación de derecho penal, también cuando complementan o contradicen al legislador penal. En segundo lugar, la teoría internacionalmente reconocida de los derechos fundamentales debe tener asimismo un acceso directo a la aplicación del derecho penal: Determinados ámbitos de interpretación son afectados por el efecto expansivo de dicha teoría, aun cuando la interpretación no derive de, o contradiga, las previsiones legales. Y lo que es más importante, constituye una tarea inaplazable de la dogmática político-criminal integrar en el sistema de responsabilidad penal esta teoría de los derechos fundamentales. Y en tercer lugar, el consenso jurídico en torno a los valores de la ilustración europea, que en buena parte ya ha sido acogido en las constituciones y en las leyes penales, debe fundar esa dogmática político-criminal y, en consecuencia, el sistema de responsabilidad penal.

En último término, el autor mantendrá que si la ley y las pautas rectoras del legislador no respetan determinados principios garantistas internacionalmente asumidos, el intérprete deberá asegurar su observancia, pues de lo contrario la norma jurídico-penal se convierte en un mero ejercicio del poder. De ahí que no deba extrañar que el autor, polemizando con Jakobs, afirme que su dogmática político-criminalmente integrada no se limita a interpretar sistemáticamente el derecho vigente, sino que pretende decir cómo *debe ser* el derecho penal. Su dogmática político-criminal no capitula ante la praxis política dominante, sea en la legislación sea en la jurisdicción, pues los presupuestos valorativos de la responsabilidad penal no se pueden dejar en manos de decisores políticos, sino que son competencia de la ciencia del derecho penal.²³

²² Véase ROXIN, C., *Política criminal*, cit. pp.63-66, 75-76; del mismo, «Nachwort», cit. p. 48; del mismo, *Strafrecht*, cit. pp. 213, 221-222, 229-230, 289, 854; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 891-893; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 23-27, 42-43; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 427-432.

²³ Véase ROXIN, C., *Strafrecht*, cit. pp. 205-206, 1045; del mismo, «Zur kriminalpolitischen», cit. pp. 891-893, 893-896; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. pp. 22-31, 33, 34-37; del mismo, «Normativismus», cit. pp. 430-431, 435.

5. Naturalmente, la cuestión que surge a continuación es qué ámbito epistemológico resta a la política criminal tras esa profunda integración entre dogmática y política criminal.

Desde luego, el autor reconocerá que la política criminal es más comprensiva que la dogmática, de modo que el saber dogmático es solo una parte del saber político-criminal. Y que debe distinguirse entre la tarea legiferante, llevada a cabo por la política criminal en estrecha relación con el legislador, y la tarea interpretativa del derecho penal vigente, propia de la dogmática. Pero no podemos tomarnos esta aseveración demasiado en serio: como acabamos de ver, su dogmática integradora de la política criminal va mucho más allá de la mera interpretación del derecho *que es*.

De todos modos, es cierto que asigna a la política criminal una importante y valiosa contribución en la determinación de los contenidos de tutela del derecho penal a partir de su enérgica defensa del concepto material de bien jurídico y de su protección subsidiaria. Y que también admite que la configuración del sistema de sanciones y de su ejecución es una labor específica de la política criminal, conectando en este punto con v. Liszt²⁴. Pero, al margen de las importantes matizaciones que se han de hacer a las dos afirmaciones precedentes²⁵, lo cierto es que, en el núcleo de su obra, dogmática jurídico-penal y política criminal aparecen integradas.

V. La fagocitación de la política criminal por la dogmática de la responsabilidad penal

1. Resultaría distorsionador iniciar una crítica a los precedentes planteamientos de Roxin sobre el papel de la política criminal y la dogmática en las ciencias penales sin antes poner de manifiesto lo mucho que comparto de las muy relevantes contribuciones del autor, uno de los mejores penalistas de nuestro tiempo, al desarrollo del derecho penal moderno. Me limitaré a mencionar brevemente aquellas coincidencias, en muchos casos lecciones de él aprendidas, que tienen que ver con el asunto que nos ocupa.

Ante todo, su decidida opción por configurar el derecho penal sobre firmes bases axiológicas, marcando distancias con orientaciones

²⁴ Véase ROXIN, C., *Strafrecht*, cit. pp. 13-53, 69-100, 229; del mismo, «Kriminalpolitik», cit. p. 22; del mismo, «Normativismus», cit. pp.431-432; del mismo, «¿Es la protección», cit. *passim*.

²⁵ Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal», cit. *passim*.

precedentes que pretendían construir elementos fundamentales de este sector jurídico de un modo en exceso vinculado a realidades naturales o antropológicas. Su especial atención, a ese propósito, en lograr un equilibrio entre las necesidades de intervención social penales y el respeto de las garantías individuales forma parte también de ese acervo. En segundo lugar, su vigorosa reivindicación del sistema de responsabilidad penal como objeto de estudio de la política criminal, rechazando que esta disciplina deba enfocarse fundamentalmente en el sistema de penas y su ejecución, y en los efectos que se pueden lograr con ellos. Marca, en este sentido, un contraste con *v. Liszt* que debe ser compartido sin reservas. El apabullante enriquecimiento valorativo del sistema de responsabilidad penal es, en tercer lugar, otro de sus grandes méritos. Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, nuestro autor ha hecho innumerables y acertadas aportaciones valorativas en muy diferentes aspectos o institutos específicos de la teoría jurídica del delito. A ello hay que añadir su potenciación de la interpretación teleológica²⁶, de la conforme con la constitución y las normas internacionales y, en general, de todos los cánones de interpretación más allá del propiamente gramatical²⁷.

2. ROXIN, sin embargo, ha dado prioridad en su estudio y desarrollo de las ciencias penales a tres presupuestos que, dada la enorme influencia del autor, han desencadenado notables consecuencias sobre los contenidos epistemológicos de las ciencias penales. Y eso, aun cuando en algunos casos Roxin mismo no las haya pretendido. Esos presupuestos, de los que discrepo, son los siguientes:

a) Su concepción de la lucha contra el delito y la delincuencia se sirve exclusivamente de los instrumentos que le puede suministrar el derecho penal. Sin duda, es consciente de que hay otros sectores de intervención social que no pasan por actuaciones jurídico-penales. Pero eso no es objeto de su atención. Nuestro autor no ha fundamentado, yo diría que ni siquiera ha esbozado, una estrategia comprensiva de lucha contra la delincuencia que haga uso de todas las posibilidades que ofrece un estado social y democrático de derecho propio de la sociedad del bienestar. En realidad, se mantendrá estrictamente vinculado a lo que

²⁶ Sobre la cercanía entre los pretendidos contenidos político-criminales aportados por Roxin y el canon de interpretación teleológica, véase ORTIZ DE URBINA, I, «La referencia», cit. pp. 866, 889-890.

²⁷ Se ha visto esto detenidamente en DÍEZ RIPOLLES, J. L., «Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin», 2021, en prensa.

se pueda conseguir mediante la pena y, en un grado menor, la medida de seguridad. Si en esto Roxin no se diferencia de v. Liszt, sí que lo hace al prestar atención a los efectos preventivos producidos por la mera conminación de las sanciones dentro de las categorías del sistema de responsabilidad penal.

b) La genuina tarea del penalista se desenvuelve y produce sus frutos en el ámbito de la aplicación del derecho vigente, y no en el de la colaboración con el legislador en la configuración de lo que será el derecho vigente. Naturalmente, Roxin nunca pondrá en duda la exclusiva competencia del legislador en la formulación del contenido de la ley penal, y mantendrá en todo momento una actitud deferente hacia él. Pero atraerá la atención del penalista hacia la aplicación del derecho porque está convencido de que es mediante la interpretación de las normas vigentes como el derecho penal manifiesta sus contornos y, en último término, se transforma y progresa. La función desempeñada por el legislador es relevante en la medida en que sienta los fundamentos de la interpretación al formular la ley y al dejar traslucir mediante ella sus pretensiones. El legislador, sin embargo, solo puede plasmar en la ley criterios abstractos, generales e imprecisos; de hecho, en muchas ocasiones ni siquiera es consciente de las implicaciones que determinadas decisiones legislativas conllevan. De ahí que sea el intérprete el que finalmente conforme el derecho vigente.

Él es el que, mediante la explicitación y reelaboración de esas pretensiones legislativas, la estructuración sistemática de los contenidos legales, y la incorporación de saberes argumentales y preferencias axiológicas externos a la ley penal y al legislador construye, crea, el derecho vigente²⁸. En principio, el intérprete acomodará sus conclusiones al tenor de la ley y a la voluntad del legislador, pero hay momentos en que esa vinculación se puede desdibujar en gran medida, incluso contradecir, si irrumpen, no solo acervos normativos suprapenales sino también construcciones teóricas prestigiosas.

En resumidas cuentas, no merece la pena que el penalista dirija su atención a la labor legislativa penal, pues ese no es el lugar en el que se crea el derecho penal. El deber ser jurídico-penal es tarea del proceder refinado y riguroso del intérprete, único agente capaz de alumbrar un derecho penal ilustrado y acomodado a la realidad objeto de su inter-

²⁸ Lo que rige de un modo especialmente contundente en el ámbito de la parte general del derecho penal.

vención. Solo en casos extremos los límites a la interpretación obligarán a deferir la decisión al legislador.

c) Por último, para nuestro autor el núcleo del derecho penal está constituido por el sistema de responsabilidad. Ello constituye una notable diferencia frente a v. Liszt, el cual, pese a sus relevantes contribuciones al sistema de responsabilidad, siempre consideró que era el sistema de sanciones y su ejecución el gozne sobre el que había de girar la tarea transformadora del derecho penal. No se puede decir que Roxin no dé relevancia a la identificación de los contenidos de tutela del derecho penal, ni que desconsidere el sistema de sanciones y su ejecución, pero es indudable que el sistema de responsabilidad ocupa el lugar central de su pensamiento. Esa importancia de la teoría jurídica del delito tendrá además un cierto efecto expansivo sobre los otros dos pilares del derecho penal²⁹.

3. A partir de esos presupuestos no ha de extrañar que la dogmática, que se mueve nominalmente dentro de los márgenes del derecho vigente aplicando ese derecho mediante las técnicas de interpretación legal, y cuyo foco se dirige de forma predominante al sistema de responsabilidad penal, se convierta en la ciencia penal protagonista. La integración entre dogmática y política criminal por la que aboga Roxin significa que esta última disciplina constituye la percha de la que se cuelgan cualesquiera contenidos valorativos que el dogmático considere convenientes para la interpretación y reformulación del derecho vigente. Al asignar esos criterios axiológicos, sean principios sean directrices, a la política criminal, la dogmática puede superar el reproche que a ella se le podría hacer de que tales pautas no derivan de manera suficientemente clara de la ley penal.

Todo ello es coherente con una dogmática que, fundada en el segundo de los presupuestos *supra* aludidos: a. Pretende realmente ir más allá de la interpretación legal; b. aspira a alumbrar un derecho penal vigente acorde con una determinada concepción de la sociedad no necesariamente coincidente con la del legislador; y, c. se arroga en último término la competencia para diferenciar entre lo que es una norma jurídica o un mero ejercicio fáctico del poder³⁰. El dogmático, en conse-

²⁹ No pretendo cuestionar ese efecto expansivo, sin entrar ahora en detalles sobre su contenido.

³⁰ Debería ser superfluo resaltar aquí que, naturalmente, es tarea legítima y deber del jurista ocuparse de las tres tareas acabadas de mencionar. Lo que aquí se cuestiona es que el jurista las desarrolle en su función de intérprete de la ley vigente.

cuencia, no se conforma con mostrar las carencias de la ley al legislador, ni queda a la espera, crítica, de que éste decida corregirlas, sino que da por buenas las preferencias del intérprete y actúa en consecuencia.

4. Ese modo de operar dogmático hace que la política criminal se convierta en gran medida en una mera disciplina auxiliar de la dogmática. Su principal tarea consiste en ser el receptáculo que acoge los contenidos valorativos que la dogmática precisa para la interpretación del sistema de responsabilidad penal, y del derecho penal en general. Pero esos elementos constitutivos de la política criminal no tienen un origen extradogmático, sino que se han generado dentro de la actividad dogmática interpretadora de la ley, en el curso de la aplicación del derecho. Eso la convierte en una disciplina formal, sin apenas contenido propio, pues la mayoría de los criterios axiológicos en ella insertos han surgido en la interpretación y se han de emplear en ella. La política criminal se limita a acogerlos en su seno; como he apuntado, es el cajón de sastre donde la dogmática almacena los útiles valorativos de los que se sirve el intérprete a su conveniencia.

Se podría intentar contrarrestar afirmaciones tan contundentes alegando que la política criminal roxiniana se ocupa de elaborar aquellas pautas axiológicas que no derivan de la ley ni del legislador penal sino de fuentes o complementos jurídicos ajenos al derecho penal y a su creador, como la constitución, la teoría de los derechos fundamentales, el consenso jurídico ilustrado, etc. Pero eso elude el asunto central: Todos los materiales obtenidos de esos cuerpos legales o teóricos tienen significado, y son recibidos, en la política criminal en tanto en cuanto sirvan para mejorar la interpretación de las leyes. Su función como potenciales generadores directos de nuevo derecho queda, si no negada, sí desatendida. Y, lo que es más importante, el aprovechamiento de todos esos materiales, su estructuración y elaboración conceptuales, es llevada a cabo por el dogmático al hilo de las necesidades de interpretación del derecho vigente.

Distinto hubiera sido si, como parece apreciarse en algunos pasajes de los escritos del autor, esas fuentes o complementos jurídicos hubieran sido directamente integrados en los cánones de la interpretación legal, respetando los límites de estos. En lugar de introducirlos a través de la mediación de una política criminal que, al parecer, da patente de corso a una aplicación del derecho alejada de la voluntad de la ley y del legislador. En ese contexto, no producido, tendríamos una dogmática justamente cargada valorativamente, pero que dejaría seguir su propio

curso a una política criminal desembarazada del monopolio del quehacer dogmático.

5. No es contradictorio con lo anterior, por último, sostener que Roxin es acreedor de la misma crítica que tan frecuentemente hizo a v. Liszt por su positivismo, por estar atado en exceso al tenor literal de la ley y a sus posibles deducciones lógicas y sistemáticas a la hora de construir su sistema de responsabilidad. Ciertamente, esa crítica le llegaría a nuestro autor desde otra perspectiva. En concreto, repárese en que esa política criminal que ha quedado apenas reducida a ser auxiliar de la interpretación dogmática solo puede desplegar sus alas en la medida en que sus criterios valorativos tengan encaje, bien en los cánones de la interpretación legal bien en la asentada estructura categorial de la teoría jurídica del delito. Si aceptamos que las categorías delictivas deben de algún modo estar legitimadas por la ley positiva, la conclusión es que la política criminal no puede ir más allá de lo que el derecho positivo permite.

Es verdad que ese condicionamiento parece estar ausente en los casos, ya vistos, en que acepta que los cánones interpretativos y las elaboraciones dogmáticas consolidadas se vean contradichas por criterios axiológicos derivados de cuerpos legales o teóricos extrapenales. Pero el auxilio que en esas ocasiones presta la política criminal a la dogmática se funda en gran medida en contenidos jurídico-positivos – constitución, teoría de derechos fundamentales reconocida en textos legales internacionales- o construidos sobre textos jurídico-positivos penales –consenso jurídico internacional dogmático-.

VI. El vaciamiento epistemológico de la política criminal

El manejo que Roxin hace de la política criminal, subordinada a la dogmática, no es solo coherente con su rechazo a atribuir a aquella un saber autónomo, como ya vimos³¹. Además, la política criminal experimenta cambios sustantivos en su específico contenido epistemológico, pues el conjunto de conocimientos que abarca queda profundamente afectado. Ello se debe a que la intensa utilización de la política criminal para fines dogmáticos genera que los conocimientos aportados

³¹ Crítico con la postura de ROXIN, ZIPF, H, «Literaturbericht», cit. pp. 706-707, entre otros lugares. Por el contrario, comparte la tesis roxiniana de que la política criminal no es un conocimiento científico, adquiriendo tal carácter solo en la medida en que se vincule, bien a la dogmática bien a la criminología, BORJA JIMÉNEZ, E, «Sobre el concepto», cit. pp. 149-150.

por la política criminal que no son útiles para la interpretación dogmática sean excluidos del saber político-criminal o, cuando menos, arrumbados³².

1. En primer lugar, al vincular tan estrechamente el saber político-criminal a la aplicación del sistema de responsabilidad criminal se produce un efecto reflejo sobre la labor interpretativa de los otros dos pilares del derecho penal, a saber, el ámbito de tutela de los bienes jurídicos, y el sistema de sanciones y de su ejecución. Las prestaciones que la política criminal pueda rendir en la hermenéutica de esos otros dos elementos constitutivos del derecho vigente no son negadas, ciertamente, pero tampoco experimentan un desarrollo conceptual significativo. Sería injusto atribuir cualquier pretensión en esa línea a nuestro autor, en cuyo descargo cabe añadir, como ya dije, que ha prestado una moderada atención al papel de la política criminal en la interpretación de los bienes jurídicos protegidos en el derecho vigente, y que nunca ha negado su papel en la interpretación del sistema de sanciones en vigor, por más que no haya abarcado tal componente del derecho penal en su obra sistemática. El problema reside propiamente en que la especial atención prestada por Roxin al desempeño de la política criminal en el sistema de responsabilidad penal, unido al enorme prestigio del que gozan sus opiniones y elenco de temas a tratar, ha hecho que caigan en el olvido esas otras tareas de la política criminal. En realidad, un fenómeno parecido se ha producido con la criminología, a la que ha puesto al servicio de las necesidades del sistema de responsabilidad penal³³.

2. En segundo lugar, pierde consistencia el ámbito operativo fundamental de la política criminal, que es la configuración y creación del derecho penal, y no la aplicación del derecho vigente. También en este caso hay que reconocer que nuestro autor afirma con rotundidad que la colaboración en la actividad legiferante es uno de los cometidos más importantes y exclusivos de la política criminal. Pero lo cierto es que no pasa de referencias genéricas a esa tarea, algo más precisas en relación con la determinación de los contenidos de tutela, sin que se detenga en momento alguno en elaborar una teoría argumental legislativo-penal, en categorizar las pautas de creación del derecho penal, y menos aún en

³² Han llamado la atención sobre los escasos y vagos pronunciamientos de Roxin sobre el contenido propio de la política criminal, al margen de lo que aporta a la dogmática penal, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 305, 308. 310-312; BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto», cit. pp. 117-118, 120-121, 124-125, 132-133.

³³ Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal», cit. pp. 24-29.

describir y evaluar críticamente el efectivo proceder legislativo, sus agentes y sus etapas³⁴. En suma, queda fuera de sus preocupaciones el dotar a la política criminal de instrumentos axiológicos y estratégicos que le permitieran influir de manera fundada y decisiva en la determinación del contenido de las leyes penales. Tras lo que ya hemos visto, no cabe extrañarse demasiado: Es la dogmática jurídico-penal, mediante los cánones interpretativos y la elaboración conceptual y categorial concurrente, la que da realmente forma al derecho penal vigente. En esas condiciones, la contribución de la política criminal a la conformación del derecho penal queda en gran parte vacía de contenido.

3. Por último, se le priva a la política criminal de su anclaje en el campo de las políticas públicas. En lugar de ser entendida como una política pública más, en el mismo plano que la política económica, sanitaria, educativa..., en este caso la específicamente dedicada a la lucha contra la delincuencia, la política criminal no pasa de ser una disciplina, entre otras, del derecho penal. Se pone al servicio del derecho penal, más exactamente al servicio de la dogmática interpretativa del derecho vigente. Deja, pues, de cobijar el conjunto de intervenciones sociales mediante las cuales los poderes públicos pretenden controlar la delincuencia, intervenciones entre las que la jurídico-penal juega un papel relevante, pero no exclusivo. En consecuencia, los diferentes modelos político-criminales, las diferentes estrategias de intervención dentro de cada modelo, las técnicas de prevención social, la gestión institucional de la lucha contra la delincuencia, la implementación de los diferentes programas de actuación, la evaluación de sus resultados, y tantos otros elementos de una política pública no parecen formar parte de la política criminal o, al menos, no son considerados³⁵.

En realidad, no es solo que la política criminal quede encerrada dentro de los límites del derecho penal. Además, se desenvuelve únicamente en un plano valorativo, que, por añadidura, se mueve entre dos polos, uno principal, los principios garantistas propios del estado de derecho, y otro directivo, utilitario, la teoría de los fines de la pena. Sin

³⁴ En el mismo sentido, objetando a Roxin, ZIPF, H., «Literaturbericht», cit. pp. 708-709; con una actitud más comprensiva hacia ROXIN, SANZ MORÁN, A., «Algunas consideraciones en torno a la política criminal», en Pérez Álvarez, F., ed., *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 731, 740.

³⁵ Discrepando de Roxin, ZIPF, H., «Literaturbericht», cit. pp. 708-709 quien incluye la política criminal en el marco, más amplio, de la política jurídica; BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto», cit. pp. 130-131, 134-136, 146-149, quien la considera y le atribuye contenidos propios de una política pública; DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè editore, 2004, pp. 75-79, quien condiciona la legitimidad de la más reducida *política penal* a la previa implementación de una *política criminal* entendida como política pública de amplio espectro.

embargo, una política criminal de sustancia jurídico-penal no puede descuidar el plano instrumental, el relacionado con la efectiva realización de los objetivos perseguidos, singularmente una legítima y eficaz lucha contra el delito mediante el empleo de sanciones penales. Volviendo de nuevo a su contraste con v. Liszt: Si a este autor había que reprocharle que configurara una política criminal ayuna en exceso de contenidos axiológicos³⁶, la política criminal roxiniana padece el defecto contrario, una carencia de atención a los aspectos instrumentales.

VII. Los agentes de la política criminal

1. Por último, se ha de recordar que es el legislador el que configura la política criminal, lo que reza también para el derecho penal en todos sus extremos. Es él el que toma las decisiones político-criminales que implican, entre otras cosas, escoger los criterios valorativos en torno a los cuales luego pasa a conformar los contenidos de tutela del derecho penal y su sistema de responsabilidad y de sanciones. A ello no es obstáculo que en ocasiones debamos acomodar decisiones del legislador ordinario con otras del legislador constitucional e incluso del internacional.

Pero no basta con reconocer esto genéricamente. Si se atribuye al legislador ese cometido, y consideramos al mismo tiempo que la labor interpretativa y estructuradora del derecho penal vigente puede hacer importantes contribuciones a su mejora, es preciso deslindar bien las actividades que se desenvuelven en el ámbito de la creación o de la aplicación del derecho.

En ese sentido, conviene, ante todo, diferenciar entre la función de la jurisdicción, cuyos actores procuran aplicar de manera previsible la legislación vigente sirviéndose de los cánones de la interpretación y de la elaboración dogmática disponible, y el desempeño del dogmático, que se ocupa de estructurar el derecho vigente haciendo uso tanto de los cánones de la interpretación como de una pericia adicional que le permite clarificar conceptualmente y ordenar sistemáticamente el material jurídico.

Los *actores jurisdiccionales*, sin duda, precisan, matizan y enriquecen el derecho vigente al confrontarlo mediante la interpretación con el caso concreto sometido a su consideración. De ese modo, ponen en práctica y

³⁶ Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «El papel epistémico», cit. *passim*.

desarrollan los criterios valorativos plasmados en la ley, que son resultado de decisiones político-criminales adoptadas por el legislador. Pero en ningún caso es admisible que sus opiniones y decisiones desborden el ámbito de la interpretación. En ocasiones, sin embargo, discrepan de la regulación vigente, sea porque no comparten los criterios valorativos que la explican sea porque, aun compartiendo el punto de partida axiológico, piensan que otras reglas lo habrían recogido más fielmente. Es muy útil que esas reflexiones lleguen a conocimiento del legislador. También que se conozcan por el dogmático para que este, si las comparte, las medite y formule de un modo más sofisticado. Pero en ninguno de estos dos últimos casos el actor jurisdiccional está interpretando la ley, sino participando, legítimamente, en el debate político-criminal.

El *dogmático*, además de su labor estructuradora del derecho vigente, y en buena parte como consecuencia de ella, abandona con frecuencia la perspectiva *de lege lata*, de conceptualización y sistematización del derecho vigente, y entra en una perspectiva de *lege ferenda*. En ese momento ya no se comporta como un dogmático, pues deja de aceptar el derecho vigente como dogma. De ahí que el concepto de dogmática creadora sea un oxímoron. Por supuesto que es legítimo, y necesario, contraponer un *ius ferendum* a un *ius latum*, pero cuando el dogmático escoge el primer enfoque hace política criminal, no dogmática. Los problemas comienzan cuando ese dogmático en funciones de político criminal, en lugar de dirigir sus propuestas al legislador, elige como destinatario de ellas al intérprete, y cree justificado exigir o recomendar al aplicador del derecho que lo aplique de acuerdo a sus propuestas de *lege ferenda*, prescindiendo en mayor o menor medida del derecho vigente³⁷.

2. Pues bien, la concepción de Roxin genera una fuerte tendencia a desplazar la tarea de creación del derecho penal y, por tanto, de una sustancial parte de la política criminal, del ámbito político a un determinado ámbito experto, el de la dogmática jurídico-penal. Es el dogmático, con la autoridad obtenida por su previa labor interpretativa y estructuradora del derecho vigente, quien ha de determinar los contenidos del derecho penal.

Sin duda, los científicos del control social penal, entre ellos los juristas penalistas, practicantes o no de la dogmática, son el cuerpo experto más preparado para asesorar en la configuración de la política criminal y, dentro de ella, del derecho penal y de los criterios valorativos que deben inspirarle. Por lo que se refiere a los juristas penalistas,

³⁷ Comparte sustancialmente estas reflexiones en un contexto crítico con Roxin, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I, «Roxin y la dogmática», cit. pp. 434, 438, 439.

nos encontramos con una corporación profesional cuyas propuestas suelen estar profundamente arraigadas en la tradición ilustrada europea, en la concepción del estado social y democrático de derecho y en la teoría de los derechos fundamentales. Materiales sobresalientes, entre otros, para construir una razonable política criminal y un convincente derecho penal.

El problema reside, sin embargo, en que estos profesionales tienden fácilmente a adoptar una postura elitista, contramayoritaria si es preciso, que se resiste a someter sus propuestas al debate público, al contraste con otras opiniones sociales legas o ajenas al mundo jurídico y, en último término, a aceptar las mayorías sociales como fuente de legitimación de los contenidos del derecho penal. El legislador queda obligado a seguir las indicaciones de un colectivo, el que refleja el consenso jurídico ilustrado, que, dado su conocimiento experto, tiene suficiente autoridad para decir al legislador cómo debe ser el derecho penal. Se estima, erróneamente, que la convincente fundamentación de las propuestas y su amplia acogida en los círculos expertos exime de obtener la legitimación política en la que ha de fundarse toda decisión colectiva.

Ciertamente, el que estas pretensiones estén con frecuencia lejos de materializarse en la actividad legislativa penal no obsta a las graves disfunciones que generan en el discurso y en la práctica político-criminales en general, y jurídico-penales en particular³⁸.

³⁸ Queda fuera de este estudio el análisis de los epígonos de este pensamiento roxiniano, que ha dado lugar a lo que Mañalich, críticamente, ha denominado el *principalismo político-criminal*. Uno de sus defensores, Robles Planas, ha expresado muy esclarecedoramente la vinculación de este último enfoque con el pensamiento de nuestro autor, cuando afirma que «el conocido horizonte trazado por Roxin desde la década de los años 70, esto es, la introducción de consideraciones político-criminales en la dogmática resulta, por lo menos, abiertamente incompleto: se trata también de la introducción de consideraciones dogmáticas en la política criminal», a cuyos efectos se habla de una *dogmática de la política criminal*, una *meta-política criminal*, que permite a los dogmáticos legitimar o no las decisiones legislativas a partir de un esquema conceptual superior, la *racionalidad dogmática*, que trasciende al sistema de creencias socialmente compartidas, al juego de las mayorías políticas y a los acuerdos ideológicos. En ese sentido, ROBLES PLANAS, R., «Introducción. Dogmática de los límites al derecho penal», en v. Hirsch, A, Seelmann, K, Wohlers, W., eds., *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 19-21, 47. Entre los defensores de esta corriente, véanse SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «*Malum passionis*». Mitigar el dolor del derecho penal, Barcelona: Atelier, 2018, pp. 17-65. Críticamente, MAÑALICH, J. P., «El principalismo político-criminal como fetiche», *Revista de estudios de la justicia*, núm. 29, 2018, pp. 59-71; MIRÓ LLINARES, F., «Recensión a Jesús María Silva Sánchez *Malum passionis*. Mitigar el dolor del derecho penal», *Indret*, 1-2019, pp. 19-22.

OMISIÓN DE IMPEDIR DELITOS Y ACCESORIEDAD RESPECTO DEL DELITO NO IMPEDIDO

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

I. Aporías del deber de impedir determinados delitos

La omisión de impedir determinados delitos es una figura compleja, cargada de ecos de regulaciones pretéritas. Históricamente ha estado vinculado a la criminalización de la *omisa denuncia de delitos ya consumados*¹ y a cierta praxis de criminalización de la sospecha (pues si el sujeto había estado cerca del delito y omitía impedirlo, quizá se debiese a que *algo tenía que ver con él*). Más recientemente lo relacionamos con los -no tan- modernos tipos penales de omisión de socorro, como infracción de un deber cívico de actuar para evitar muertes, lesiones y otros daños graves a bienes personalísimos. En resumen, este delito se ha ubicado históricamente en un cruce de caminos entre los deberes de colaboración ciudadana y la sanción de una suerte de *encubrimiento pasivo*; entre la participación por omisión (*concurso negativus*) y el surgimiento del concepto de delito propio de omisión... y, como es sabido, es en los cruces de caminos donde el viajero puede escuchar las historias más interesantes.

Una de esas historias, escasamente analizada por la doctrina española, podría enunciarse del modo siguiente: ¿puede perseguirse y condenarse la omisión de impedir delitos cuando aún no se han iniciado los actos ejecutivos del delito no impedido? Es decir: ¿rige para la omisión de impedir delitos alguna clase de *accesoriedad respecto del delito no impedido*?

¹ Como revela el *lapsus calami* del legislador, que en la rúbrica aún sigue hablando de la omisión de impedir delitos y *promover su persecución*, por más que no esté castigada la omisa promoción de la persecución de delitos.

Veamos un ejemplo que puede ilustrar el problema.

X oye a sus compañeros de piso conspirar y organizar la violación de una vecina, y ve cómo algunos de ellos han traído cuerdas y grilletes para que el compinche que planea violarla pueda atarla.

X, pudiendo hacerlo, no acude a las autoridades para impedirlo.

La policía, que estaba realizando unas escuchas autorizadas en relación con otros delitos, interviene antes de que se inicien los actos ejecutivos de la violación.

Conforme al principio de accesoriadad en su concepción dominante, no sería posible castigar como partícipes a quienes han realizado sus aportaciones en esta fase pre-ejecutiva, trayendo cuerdas o grilletes. Tampoco sería posible hacerlo por la vía de los actos preparatorios de conspiración, pues estos son impunes para el delito de violación.

Pero ¿sería posible castigar a X (el compañero de piso que no había aportado nada al plan) por cometer un delito de omisión del artículo 450 CP; dejando libres a quienes ya habían realizado aportaciones al plan delictivo?

En principio, no habría obstáculos insalvables para ello en el tenor del tipo penal: el sujeto, «*pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno*», no emprendió ninguna conducta para «*[impedir] la comisión de un delito que afecte a las personas en su... libertad sexual*».

No obstante, si en efecto entendemos que el Código penal obliga a castigar a X por su omisión conforme al art. 450, nos encontraríamos ante una llamativa aporía.

– Quienes han actuado de modo más reprochable (no sólo *no denunciando* los planes delictivos a la policía, sino incluso *tomando parte activa en la conspiración* –impune para la violación– e incluso *aportando medios para cometerla*, como cuerdas y grilletes) *no podrían ser castigados*, en virtud del principio de accesoriadad, que cierra el paso a la punición de la participación cuando aún no se han iniciado los actos ejecutivos del delito.

– Sin embargo, entenderíamos que el art. 450 CP obligaría a castigar como autor de una omisión del deber de impedir delitos *a la única persona que no estaba participando en la conspiración ni aportando medios para la futura violación*; y que tal castigo se fundaría en una conducta que *también realizaban los demás que sí estaban implicados*: no impedir el

delito (denunciándolo, haciéndoles desistir de su plan, avisando a la víctima, etc.), y a quienes pese a ello no castigamos.

En el colmo, el omitente aparentemente podría eludir la pena si lograra convencer a las autoridades de que *él también iba a participar en la violación (!)*, pues en tal caso su conducta sería la de *participación en fase previa en un hecho que aún no ha iniciado actos ejecutivos...* y la conspiración para cometer violación es impune.

El escenario es enormemente contraintuitivo. Se ha dicho de esta situación que es «poco evidente», «paradójica» o que contiene un incomprensible *premio por ser sospechoso de haber participado en el delito*². Es, ciertamente, un supuesto muy poco probable en la práctica, casi «de laboratorio»; pero sin duda muestra los complejos perfiles de la figura que estamos estudiando.

El Código Penal español no contiene ninguna previsión específica que permita salir de esta aporía. Sin embargo, tanto los textos históricos germánicos como la regulación vigente en países como Alemania o Austria sí prevén normas con diversas soluciones que pueden arrojar luz sobre esta cuestión.

II. Una mirada al escenario legislativo histórico y actual en Alemania y en Austria. Una condición objetiva de punibilidad: el inicio de actos ejecutivos del delito no evitado

Distintos códigos germánicos del siglo XIX, al regular el castigo de la omisión de impedir delitos, incluían una cláusula sumamente interesante: la que *supeditaba la punición de esta omisión propia a que se hubiesen comenzado los actos ejecutivos del delito no evitado*.

Es el caso, por ejemplo, del § 39 del StGB prusiano de 1851:

§ 39 PrStGB 1851: [Omisión de denuncia de un delito]. «Quien tenga conocimiento fehaciente del plan de cometer alta traición, traición a la patria, falsificación de moneda, asesinato, robo, detención ile-

² La primera crítica es de SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers», en Arthur Kaufmann (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 683 y ss., p. 686; las otras dos, de GEILEN, Gerd, «Unterlassene Verbrechensbekämpfung und ernsthafte Abwendungsbemühungen», en *JuS* 1965, pp. 426 y ss., p. 429 («Prämierung des übriggebliebenen Teilnahmeverdachts»).

gal o un delito de peligro para la colectividad que ponga en riesgo la vida de las personas, en un momento en que la evitación de estos delitos sea posible, y no lo denuncie a las autoridades o a la persona amenazada por el delito en el momento oportuno, será castigado con una pena de prisión no superior a cinco años *si el delito realmente llega a cometerse o a intentarse*»³.

Nótese que se trata de una regla de *accesoriedad*: la punición de esta conducta relacionada con la fase preparatoria de un delito ajeno está supeditada a que dicho delito inicie su fase ejecutiva.

Esta regla de accesoriedad tenía una lógica evidente en este texto legal, ya que en él la omisión de impedir delitos era una *forma de participación en el delito*. En efecto, este § 39 del StGB prusiano de 1851 formaba parte del Título tercero de su Parte Primera, dedicado a la *participación delictiva* (*Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen*). Por ello, al restringir el castigo de la omisión de impedir delitos a los casos en que el delito en cuestión se llegase a intentar o cometer, se estaba limitando a constatar la *accesoriedad de una forma de participación delictiva*. Nótese que la idea de que la omisión de impedir delitos fuese una forma de participación por omisión o *concursum negativum* aparece en numerosos textos centroeuropeos en el tránsito al siglo XIX, como el Allgemeines Landrecht prusiano de 1794⁴, el Código Penal bávaro de 1813⁵, el Código Penal del reino de Sajonia⁶, etc.⁷

³ § 39 Código Penal Prusiano 1851: «[Unterlassung einer Verbrechensanzeige] Wer von dem Vorhaben eines Hochverraths, eines Landesverraths, einer Münzfälschung, eines Mordes, eines Raubs, eines Menschenraubs oder eines das Leben von Menschen gefährdenden gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, zu welcher die Verhütung dieser Verbrechen möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, davon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, soll, wenn das Verbrechen wirklich begangen oder zu begehen versucht wird, mit Gefängniß bis zu fünf Jahren bestraft werden».

⁴ El *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 (disponible en <http://ra.smixx.de/media/files/PrALR-II-20.pdf>) regulaba la omisión de impedir delitos en los §§ 80 a 82 como una forma de participación, bajo el epígrafe «Participación en los delitos de otros» («Theilnehmung an den Verbrechen Anderer»).

⁵ El § 78 del Código bávaro de 1813 -obra del gran P. J. A. Feuerbach- regula el omiso impedimento de cualquier delito como un «tercer grado de la complicidad» («Dritten Grad des Gehülffens»).

⁶ El artículo 39 de este Código establecía que debía considerarse como *encubrimiento* (concebido entonces como una *forma de participación en el delito*) la conducta de quien, teniendo conocimiento de que se iba a cometer un delito, no lo impediese mediante aviso a las autoridades o a la persona amenazada (si bien preveía un doble régimen sancionador que dependía de las características del delito no evitado: ver *ZUSAMMENSTELLUNG der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidirten Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preussischen Staaten. Erster Theil. Von Verbrechen und deren Bestrafung überhaupt*. Berlin, 1838, p. 222)

⁷ Sobre la situación en la literatura previa a la Ilustración, ver GEIB, Gustav, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Zweiter Band: System. Allgemeine Lehre*. Leipzig, 1862, pp. 392-393 (dispo-

El Código Penal imperial alemán o *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871 recogía la omisa denuncia u omiso impedimento del delito en su antiguo § 139 como *delito autónomo*, abandonando la idea de la participación por omisión. Sin embargo, seguía previendo una cláusula similar a la de accesoriadad, exigiendo como condición objetiva de punibilidad que el delito no impedido hubiese llegado a fase ejecutiva.

§ 139 RStGB: «Quien obtenga conocimiento creíble de un plan de cometer alta traición, traición a la patria, falsedad de moneda, asesinato, robo, detención ilegal o un delito de peligro para la colectividad, en un momento en que la evitación del delito sea posible, y no lo denuncie a su debido tiempo a las autoridades o a la persona amenazada por el delito, será castigado con pena de prisión *si se ha llegado a cometer el delito o una tentativa punible de éste*»⁸.

Cláusulas como ésta se encuentran presentes también en el ordenamiento vigente de otros países, como en el § 286 (1) del Código Penal austríaco (öStGB), que expresamente supedita la punición de su delito

nible en https://books.google.es/books?id=VplRAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false); sobre los antecedentes medievales germánicos ver, por todos, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin: Springer, 1930, p. 57.

Esta línea es ajena a la tradición española, que históricamente ha rechazado de modo general la idea de un *concursum negativum* por mera omisión de impedir delitos por parte de personas que no ostenten una obligación especial. Este rechazo se exceptúa en el caso de la *traición* y demás delitos de lesa majestad, donde sí se acepta que es partícipe (*consciens*) por omisión el que sabiendo de una conspiración para cometer traición, no la impide. Son interesantes en este sentido los escritos del Ministerio Fiscal en casos de traición, como el de la Conspiración del Duque de Híjar (una supuesta conspiración entre cuyos objetivos se hallaba, según la acusación, usurpar la Corona de Aragón). Refiriéndose a un acusado que supo de la conspiración y no la reveló, dice el fiscal. «*Es consciens criminis. Consciens criminis, propissimamente, es el Capitán Cabral. Pues no solamente lo es el que es particeps delicti, sed qui tantum cognovit*» (DEL HIERRO, Agustín, *Contra el Duque de Híjar don Rodrigo de Silva, El Marques de la Vega de la Sagra, Don Pedro de Silva, Don Carlos de Padilla y el capitán Domingo Cabral. Sobre diferentes delitos de lesa Magestad in primo capite*, 1648; disponible en https://books.google.es/books?id=cw_kAbBwMTsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false)

⁸ § 139 RStGB 1871: «Wer von dem Vorhaben eines Hochverraths, Landesverraths, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängniß zu bestrafen».

de omisión de impedir acciones punibles a que dicha acción punible «al menos se haya intentado».

§ 286 (1) öStGB: «Quien, con la intención de que se cometa un acto punible doloso, omita impedir su ejecución inminente o ya iniciada; o, en los casos en que ello permita la evitación del delito, no avise a la autoridad o a la propia persona amenazada, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta dos años, *siempre que el acto punible al menos haya sido intentado* y esté castigado con pena de prisión de más de un año (...)»⁹.

Es clara la intención objetivadora de estas cláusulas. Ante un suceso *que no ha llegado a tener trascendencia real*, que ha quedado en una simple fase preparatoria, no se adelanta la barrera punitiva: ni para quienes participaron en los actos preparatorios... ni, por supuesto, para quienes no participaron en ellos y se limitaron a no impedirlos.

Sin embargo en Alemania la llegada del *Derecho penal de la voluntad* nacionalsocialista determinó la eliminación en 1936 de esa cláusula objetivadora del § 139 del Reichsstrafgesetzbuch, sustituyéndola por una cláusula *facultativa* que simplemente permite al juez no imponer la pena cuando no se hayan iniciado los actos ejecutivos.

«Ist die Tat nicht versucht worden, so kann von Strafe abgesehen werden» («Si el hecho no se ha intentado, puede prescindirse de la pena»).

El precepto en su redacción nazi llega hasta nuestro tiempo en el § 139.1, prácticamente intacto:

«Ist in den Fällen des § 138 die Tat nicht versucht worden, so kann von Strafe abgesehen werden.»

La cláusula se convierte en una extravagante *facultad para decidir si se pena o no se pena* sin condiciones para su aplicación. La responsabili-

⁹ § 286 (1) öStGB: «Wer es mit dem Vorsatz, daß vorsätzlich eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen werde, unterläßt, ihre unmittelbar bevorstehende oder schon begonnene Ausführung zu verhindern oder in den Fällen, in denen eine Benachrichtigung die Verhinderung ermöglicht, der Behörde (§ 151 Abs. 3) oder dem Bedrohten mitzuteilen, ist, *wenn die strafbare Handlung zumindest versucht worden* und mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen (...)».

dad penal por estos hechos, pues, depende de si el Juez estima que procede castigar la conducta o no; y la ley no aporta indicio alguno sobre los criterios o parámetros que pueden orientar su decisión. Según la escasa doctrina que entra a analizar la *ratio* de este precepto, se trata de evitar situaciones en las que sería *injusto* para el sujeto que omite denunciar el hecho o frustrar de otro modo su ejecución¹⁰. No obstante, con esto no se logra resolver los graves problemas de esta regulación. Dicho de otro modo: ¿cuándo podría inaplicarse esta cláusula facultativa? ¿Cuándo *sí* sería justo condenar al que omite actuar para impedir el delito y no a los sujetos que estaban planeando el delito? Estos y otros problemas de la regulación vigente han llevado a algún sector de la doctrina a proponer que se reintroduzca como condición objetiva de punibilidad el inicio de los actos preparatorios¹¹, volviendo así a la regulación previa a la reforma nacionalsocialista.

III. Vías interpretativas para salir de esta aporía

Como hemos visto, pues, en el vigente Derecho austríaco (como antes en el Derecho penal decimonónico alemán) la cuestión está resuelta de modo sencillo y razonable. La punición de la omisión de impedir delitos está supeditada a una condición objetiva: el *inicio de actos ejecutivos del delito no evitado*. En el Derecho alemán vigente puede acudirse a una insatisfactoria *cláusula facultativa*, lo cual no resuelve la duda de *por qué es facultativa* ni la de *cuándo debe aplicarse y cuándo no*.

Sin embargo, la regulación española no prevé ninguna norma similar que nos arroje luz sobre esta contradicción. ¿Acaso no es irrazonable no castigar a *los que planean el delito sin llegar a ejecutarlo* -por principio de accesoriadad- pero sí castigar a quien, *sin formar parte del plan, no les denunció*, es decir, hacer de peor condición a quien *no planeaba el delito* que a quienes sí lo planeaban? Ante este silencio de la ley, las alternativas para resolver esta contradicción han de venir por vía interpretativa.

¹⁰ Por ejemplo, STERNBERG-LIEBEN, Detlev, «Comentario al §139/1», en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 ed., 2019; HOHMANN, Olaf, «Comentario al §139/1», en *Muenchener Kommentar zum StGB*, t. III, 3.ª ed., München, 2017.

¹¹ KISKER, Silke, *Die Nichtanzeige geplanter Straftaten*, §§ 138, 139 StGB, *Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*. Berlin 2002, p. 195-196.

1. *Aplicar el delito de omisión de impedir delitos también a los intervinientes en la conspiración si el delito no llega a alcanzar la fase ejecutiva*

Hace décadas planteaba Schmidhäuser¹² que para evitar la citada contradicción valorativa debía aplicarse el delito de omisión de impedir delitos *también a la participación intentada de los delitos contemplados en el § 138*, para no hacer de mejor condición a los conspiradores y partícipes en el delito aún no ejecutado frente a los simples «malos samaritanos».

[Debe aclararse aquí que el Derecho penal alemán no permite el castigo de la conspiración en este tipo de casos: la conspiración o *Verebredung* del § 30 (2) StGB sólo sería aplicable a casos en que los conspiradores pretendan co-ejecutar el delito como coautores o a los casos de «mutua inducción», pero no a los casos de conspiración de cómplices]¹³.

En opinión de Schmidhäuser, todos los autores y partícipes de un delito como, por ejemplo, la violación o el homicidio, cometen siempre el delito en cuestión y, a la vez, *el delito de omisión de impedir delitos al no impedir el delito que ellos mismos están planeando y cometiendo*. No obstante, no se les puede penar por los dos delitos, ya que el delito de homicidio desplaza, por subsidiariedad, al delito de omisión de impedir delitos. Ahora bien: allá donde no sea posible aplicar el tipo de homicidio debido a que no se han iniciado actos ejecutivos, el autor alemán concluye que no hay motivo por el cual no proceda aplicar en España la omisión de impedir delitos. Por ello, aunque el Código penal alemán no permita castigar la participación intentada ni la conspiración entre autor y partícipes, el delito de *omisión de denunciar o de otro modo impedir delitos* abriría la vía para castigar a los conspiradores. A la solución de Schmidhäuser se han adherido autores como Rubio Lara¹⁴ o, con argumentación parcialmente diversa, Huerta Tocildo¹⁵.

¹² SCHMIDHÄUSER, «Über die Anzeigepflicht...», pp. 697-698.

¹³ HEINE, Günter; WEISSER, Bettina, «Comentario al § 30», en *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., 2019, § 30/25; BGH NSStZ-RR 02, 74 con comentario de Heger, en JA 2002, 628 y ss.

¹⁴ RUBIO LARA, Pedro, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*. Madrid, 2003, pp. 235-236.

¹⁵ HUERTA TOCILDO, Susana, «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid, 1987, pp. 199 y ss., p. 248.

Así, en casos como los que nos ocupan, al no haber posibilidad de castigar a los que planeaban el delito, Schmidhäuser entiende que nada impide la aplicación del tipo de omisión de impedir delitos a los conspiradores, ya que dicho tipo no resulta desplazado por la punición de la participación intentada ni de la conspiración. De este modo, no habría paradoja ni «agravio comparativo»: se castigaría por omitir impedir el delito *tanto a los conspiradores como al sujeto no implicado en la conspiración*.

La doctrina alemana ha sido crítica con esta propuesta, aduciendo que no parece aceptable emplear la figura del § 138 para derogar el principio de accesoriadad en relación con un concreto listado de delitos, castigando la participación en hechos aún no iniciados¹⁶.

La solución de Schmidhäuser no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, como según hemos visto ha propuesto algún sector minoritario de la doctrina española. Si el caso que plantea el autor alemán tuviese que ver con un *homicidio*, por ejemplo, la solución en el Código Penal español debe ser la de *aplicar a los sujetos implicados en la futura comisión del delito la pena de la conspiración* (art. 141 CP). Lógicamente, ello haría imposible castigarles, además, por no denunciar dicha conspiración. Pero ¿y si se tratase de un tipo penal que no prevé actos preparatorios punibles?

Eso nos pone ante un argumento definitivo: *cuando el legislador español desea adelantar la barrera punitiva antes del inicio de los actos ejecutivos a quien, habiendo intervenido en fase previa, no impide que la conspiración se ejecute, lo hace específicamente mediante la criminalización de la conducta de conspiración*.

Y, por supuesto, el Derecho español impone al conspirador en un delito el deber de frustrar el plan: se trata de su *deber de desistir*¹⁷. Si cumple con ese deber, impidiendo o intentando impedir de modo serio, firme y decidido la comisión del delito, no será castigado como conspirador¹⁸.

Pues bien: si nos fijamos en los delitos a los que se refiere el art. 450 CP (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad y la libertad se-

¹⁶ OSTENDORF, § 138-139, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 2017, § 138/6.

¹⁷ POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 240.

¹⁸ Sobre desistimiento en los actos preparatorios (y la falta de una regulación expresa), ver MIR PUIG, PG 9/44; 13/109 y ss.

xual), nos encontraremos con que *el legislador ha dado una respuesta diferenciada a los distintos delitos*.

- En el caso de *los homicidios y asesinatos* (art. 141), *las lesiones* (art. 151) y *las detenciones ilegales* (art. 168), *la conspiración es punible*.
- En el caso de los delitos *contra la libertad*¹⁹ y *contra la libertad sexual*, *la conspiración es impune*.

Esto revela la imposibilidad de trasladar la solución de Schmidhäuser al ordenamiento español. En relación con el primer grupo de delitos, es evidente que no se puede castigar a los conspiradores a la vez por conspiración y por omisión de impedir su propia conspiración. En relación con los delitos contra la libertad y la libertad sexual, pretender aplicar el delito del art. 450 a los intervinientes en fase previa *allá donde el legislador deliberadamente no ha querido criminalizar la conspiración* se antoja una solución sistemáticamente incoherente y contraria al criterio del legislador.

2. *Interpretación sistemática: el delito del art. 450 CP requiere, como condición objetiva de punibilidad, el inicio de actos ejecutivos del delito no impedido*

No obstante, la interpretación más razonable de este precepto sería la que exigiría, como condición objetiva de punibilidad, el inicio de los actos ejecutivos del delito no impedido. Carece de sentido que lo que se exige para la punición del partícipe en fase previa no se exija también para la punición del que, sin participar en los hechos, se limita a no impedir que se inicien o consumen.

Esta opción es compatible con el tenor literal y supone una vía de resolución de la aporía señalada.

En su defensa deben aducirse los siguientes argumentos:

- *Coherencia sistemática*: impide la contradicción valorativa que supondría hacer de peor condición al que no denuncia la conspiración (típica o atípica) sin haber intervenido en ella que a los propios conspiradores.

¹⁹ Hay cierto debate sobre qué delitos contra la libertad deben entenderse incluidos en la mención del art. 450 CP (ver SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para evitar determinados delitos del artículo 450 CP*. Granada, 1999, p. 151).

– *Antijuridicidad material y no punición de infracciones sin trascendencia.* En términos materiales se trata, en cualquier caso, de la opción más razonable. El adelantamiento de la barrera punitiva que se produce no ya al no impedir un delito ajeno, sino *al castigar a alguien por no actuar para impedir la concreción de una conspiración que finalmente no llegó a nada y que de por sí ni siquiera es punible* supone ir más allá de la «punición de la mera voluntad infractora» para avanzar a la «punición de la mera *voluntad de no combatir la mera voluntad infractora de otra persona*²⁰».

– *Compatibilidad con el tenor literal del art. 450 CP.* El tipo penal habla de «no impedir la comisión de un delito». Cabe interpretar sin forzar el tenor literal que el suceso descrito en el tipo («no impedir la comisión de un delito») no llega a tener lugar plenamente si ese delito no ha llegado a iniciarse. Sin duda, en tal caso cabrá decir que el sujeto *no ha hecho nada para impedir*, que *no se ha esforzado en impedir* o que *ha infringido el deber de impedir*. De hecho, cabe decir que esta interpretación es menos forzada que la que sostiene que, en los casos en que alguien se ha limitado a no frustrar la conspiración de un hecho que no llega a iniciarse, el sujeto «no ha impedido la comisión de un delito», pues no ha tenido lugar en la realidad ningún delito.

Ciertamente, como ya se ha avanzado, no se trata de un problema que incida de modo real en la aplicación judicial del Derecho penal (hasta donde alcanzo, entre las ya de por sí exiguas cifras de condenas por este delito no se registran condenas por omitir frustrar un plan delictivo que no haya dado lugar a actos ejecutivos); pero es sabido que cada paso que la legislación penal se aleja del Derecho penal del hecho es el punto de partida del siguiente paso en la misma dirección.

IV. Necesidad de una reforma. Propuesta de *lege ferenda*

A pesar de que una interpretación restrictiva de este precepto permite alcanzar la solución correcta, la solución razonable de estos problemas ha de venir por la vía de una toma de posición legislativa que disuelva la ambigüedad y plasme de modo expreso y con determinación suficiente cuál es la respuesta penal que debe darse a la conducta de

²⁰ Voluntad infractora de otra persona que, además, *aún es impune*.

quien omite impedir que un plan delictivo se lleve a cabo, si éste en efecto no llega a la fase de actos ejecutivos.

Como he sostenido en las líneas precedentes, la solución más razonable es aplicar al delito del art. 450 CP la misma regla que rige de modo general para la intervención delictiva en fase previa: la impunidad antes del inicio de los actos ejecutivos. Esto se lograría añadiendo una simple apostilla («será castigado, *siempre que el delito no impedido hubiese comenzado a ejecutarse...*») o con una cláusula final que podría cobrar la forma de condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad, como por ejemplo: «No podrá exigirse responsabilidad penal al omitente (o «no podrá procederse contra el omitente») *salvo en los casos en que el delito no impedido haya comenzado a ejecutarse*».

La decisión legislativa puede, no obstante, ser más matizada. Así, por ejemplo, el Código penal exceptúa en algunos delitos la regla general de la impunidad de los actos preparatorios, admitiendo excepcionalmente la punición de la conspiración, la proposición o la provocación para algunos delitos. Se podría plantear si esa misma dualidad de criterio debería trasladarse también al ámbito del art. 450 CP, mediante una cláusula como la siguiente: «No podrá exigirse responsabilidad penal al omitente salvo en los casos en que el delito no impedido haya comenzado a ejecutarse *o se hayan iniciado actos preparatorios punibles*».

Sea como fuere, y mientras no tenga lugar la deseable intervención legislativa para una resolución explícita sobre este extremo, debe subrayarse que la lectura más razonable de este precepto es la interpretación sistemática que restrinja la punibilidad de la omisión de impedir determinados delitos a los casos de inicio de actos ejecutivos del delito no impedido.

* * *

En estas líneas se evidencia una vez más que para discernir entre los significados de un texto legal y para otorgarle un sentido más afinado y razonable debemos saltar por encima de ciertas barreras. Saltar sobre las barreras espaciales y acudir al Derecho comparado; saltar sobre las barreras temporales y rastrear los orígenes en el Derecho histórico. Esta es una de las muchas cosas que hemos aprendido de la obra y de la persona de Luis Arroyo Zapatero. ¡Muchas felicidades!

EDAD, DELINCUENCIA Y RESPUESTA PENAL *

ESTHER FERNÁNDEZ MOLINA

Centro de Investigación en Criminología. Universidad de Castilla-La Mancha

Una de las decisiones más importantes a la hora de diseñar la política criminal de un país es la determinación del límite de edad a partir del cual se va a exigir responsabilidad por los hechos cometidos¹. Se trata de decidir a quiénes se quiere dejar fuera del sistema penal ordinario y de valorar cuál es la edad a partir de la cuál la sociedad está dispuesta a prescindir de la intervención penal².

En España el código penal de 1995 apostó porque los menores de 18 años no fueran responsables criminalmente (artículo 19) y optó por desarrollar el régimen de responsabilidad de los menores de edad que cometieran un delito en una ley específica que fue publicada cinco años más tarde. Así, la LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante LO 5/2000) optó por considerar inimputables a los menores de 14 años y por exigir una respuesta penal para los menores que tuvieran entre 14 y 17 años (art. 1.1.). Si bien es cierto que esa respuesta tiene una naturaleza diferente, sancionadora educativa, como denomina la propia ley y que parte de la convicción de que la responsabilidad juvenil no puede regularse en los mismos términos que

* Los conocimientos que aporta la Criminología son imprescindibles para el desarrollo de una política criminal bien fundamentada. Por ello, desde el Derecho penal en España se ha mostrado una sensibilidad para la promoción y el impulso de esta disciplina. Un buen ejemplo es el del profesor Luis Arroyo que promovió en la Universidad de Castilla-La Mancha la creación de uno de los primeros títulos de Master de Criminología del país. Ese Máster fue el germen de lo que con el tiempo y de la mano de Cristina Rechea acabó siendo un centro de investigación que ha trabajado con el objetivo de ser un punto de referencia de la investigación criminológica en España. Como alumna, investigadora y directora, ahora, de este centro, mi reconocimiento a Luis Arroyo por la apuesta que en su día hizo por la Criminología.

¹ DUNKEL, F., «Reacciones en los campos de la Administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: Un estudio comparativo a escala europea», en Ormosa, R (Dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 131.

² GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., «La nueva ley de justicia juvenil en España: Un reto para el 2000», en Giménez-Salinas Colomer, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*. Ed. Poder Judicial, Colección Estudios de Derecho Judicial., 1999, p. 131.

la de los adultos al considerar que los jóvenes son personas en desarrollo sin una madurez plena. En palabras de Gimenez-Salinas esa responsabilidad diferente para los menores justifica la necesidad de ofrecerles una respuesta distinta que no puede venir de la mano del castigo sino de la respuesta educativa³.

Con esta decisión, por otra parte, se producía un cambio respecto al sistema anterior, ya que se elevaba el límite máximo de edad de responsabilidad penal de los 16 a los 18 años, así como se elevaba el límite mínimo para exigir responsabilidad penal juvenil de los 12 a los 14 años. Sobre la determinación del límite de edad superior existía un amplio consenso sobre cuál debía ser la edad apropiada. En efecto, se partía no solo de lo previsto en el código penal sino del compromiso que habían adquirido todos los grupos de la Cámara en la moción del Congreso de los Diputados de 1994 y de la demanda impostergable de cumplir con lo establecido en la Convención de Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN). Por ello, en este aspecto el debate se orientó más bien hacia la posibilidad de ampliar ese límite superior a los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21; y, de hecho, la redacción original de la ley estableció la posibilidad de que los jueces penales pudieran aplicar medidas educativas previstas en la LO 5/2000 siempre que la naturaleza y la gravedad del hecho, así como las circunstancias personales del autor, en especial su grado de madurez, así lo aconsejaran. No obstante, esta previsión recogida en el artículo 4 nunca fue aplicada porque su entrada en vigor se fue posponiendo hasta que la LO 8/2006 *de reforma de la LO 5/2000* la derogó definitivamente.

Todo el consenso mostrado respecto a la necesidad de elevación del límite de responsabilidad penal ordinario a los 18 años no existió para la determinación del límite inferior. El sistema anterior tenía el límite en los 12, en alguna propuesta se habló de 13 años y fue la opción defendida por el sector de los jueces especialistas de menores; sin embargo, finalmente acabó fijada en los 14 años. El legislador de 2000 indicó en la Exposición de Motivos los argumentos que justificaban la delimitación del límite inferior. Por un lado, se trataba de una exigencia de la CDN que reclamaba fijar una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; por otro lado, estaba el convencimiento de que los delitos cometidos por menores antes de los 14 años son poco graves y escasos; y, sobre

³ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., «Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar», en Giménez-Salinas Colomer, E. (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor*. Ed. Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p. 38.

todo, la consideración de que esos menores pueden encontrar una respuesta igualmente adecuada en el contexto familiar y administrativo de la protección de la infancia⁴.

Pasados ya 20 años desde que se adoptaron esas decisiones respecto a la determinación de la edad de responsabilidad penal merece la pena detenerse y valorar si esta decisión de política criminal y, en especial, los argumentos que la legitimaron fueron válidos y/o lo siguen siendo dos décadas después.

Para ello inicialmente será necesario responder tres preguntas; a saber, i) ¿qué relación ha establecido la investigación científica respecto al binomio edad-delincuencia y cuáles son los hallazgos disponibles relacionados con la edad de inicio en la conducta delictiva?; ii) ¿existen pruebas científicas relativas a cuándo se adquiere la madurez plena?; y iii) ¿qué opina la sociedad respecto a cuándo un joven debe ser tratado como un adulto a los ojos de la justicia penal para responder por sus actos?

I. Edad y delincuencia

Uno de los hallazgos más consensuados en la investigación criminológica es la relación que existe entre delincuencia y edad⁵. En efecto, todas las investigaciones empíricas disponibles han constatado una distribución entre la edad y el comportamiento delictivo (incluido el violento) similar. Así, existe un pico de prevalencia delictiva que llega a su máximo en el periodo de la adolescencia media-tardía (en torno a los 15-19 años), y declina al principio de la década de edad de los 20 años⁶. Sin embargo, aunque son muchos los jóvenes que manifiestan haber cometido algún delito en su vida, frecuentemente se trata de hechos de menor entidad -vandalismo, hurto o amenazas- y son muchos menos los que han cometido delitos más graves-lesiones, robos o tráfico de drogas⁷.

⁴ FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España*. Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 178-180.

⁵ GOTTFERDSON, M., «Una teoría del control explicativa del delito», en Bueno, F./Guzmán, F. J./Serrano, A. (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, 2006, pp. 333-345.

⁶ LOEBER, R./FARRINGTON, D./REDONDO-ILLESCAS, S., «La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 2011, p. 4.

⁷ FERNÁNDEZ MOLINA, E./BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R./RECHEA ALBEROLA, C./MEGÍAS BORÓ, A., «Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 2009, pp. 7 y 8.

Por otra parte, también ha podido comprobarse que de estos jóvenes que delinquen durante la adolescencia muy pocos van a continuar cometiendo delitos en la edad adulta. La gran mayoría, en torno a un 65 %, abandona de manera natural estos comportamientos cuando llega la adolescencia tardía⁸. Sin embargo, existe la certeza de que un grupo de jóvenes delincuentes continuará con la carrera delictiva iniciada en la adolescencia durante la primera edad adulta. De ellos se sabe que son aquellos que han cometido más delitos previamente y, en la mayoría de las ocasiones, son los que comenzaron a cometerlos de manera más precoz, antes de los 12 años. Y, aunque por lo general los delincuentes juveniles suelen ser más versátiles que especializados, en esta fase de la adolescencia tardía y en la primera edad adulta suele producirse cierta escalada en la gravedad de las conductas, por lo que los delitos cometidos en este momento vital se caracterizan por su aumento de la gravedad delictiva- incluidos los delitos violentos⁹.

Finalmente, un dato muy relevante para tener en cuenta en el desarrollo de la política criminal juvenil, es el de que muchos jóvenes, a pesar de haber cumplido los 18 años, siguen inmersos en la carrera criminal y su proceso de desistimiento natural todavía no se ha producido. Lo más probable es que no falte mucho, se estima que las carreras delictivas tienen de promedio de 5 a 10 años¹⁰, pero en algunos casos todavía no ha llegado.

En definitiva, la política criminal juvenil debería valorar que todos los hallazgos de la Criminología evolutiva confirman que en la etapa de la adolescencia y en la primera edad adulta hay más heterogeneidad que homogeneidad entre los delincuentes juveniles y mientras algunos delinquen eventualmente y abandonan pronto; otros inician y consolidan carreras delictivas complejas que se extenderán durante una buena etapa de su vida adolescente y juvenil.

II. Madurez

En los últimos 15 años se ha producido un avance muy significativo de conocimiento científico sobre la estructura y el funcionamiento del

⁸ LOEBER, R., *et al.*, «La transición desde la delincuencia...», *op. cit.*, núm. 6, p. 6.

⁹ PIQUERO, A. R./HAWKINS, J. D./KAZEMIAN, L./PETECHUK, D./REDONDO ILLESCAS, S., «La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta II», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 11, 2013, pp. 21-23.

¹⁰ PIQUERO, *et al.*, «La transición desde la delincuencia juvenil...», *op. cit.*, núm. 9, p. 32.

cerebro y su relación con el comportamiento humano. Especialmente, reveladores han sido los hallazgos obtenidos respecto al desarrollo del cerebro de los jóvenes que han venido a cuestionar algunos de los planteamientos sobre los que se había sustentado, entre otros aspectos, toda la política criminal con jóvenes y menores¹¹.

Así, mientras se mantiene el consenso de que la madurez cognitiva se alcanza en torno a los 16 y 17 años, confirmando que es durante la adolescencia cuando la capacidad intelectual avanza rápidamente permitiendo a los jóvenes pensar de un modo más avanzado y abstracto; se ha demostrado también que las habilidades intelectuales no están al mismo nivel que los adultos, en la medida que muchos aspectos cognitivos todavía siguen evolucionando y perfeccionándose durante la juventud. Además, el hecho de tener menos experiencia de vida y menos conocimiento, implica que la toma de decisiones no se realiza en igualdad de condiciones a un adulto¹².

Sin embargo, los nuevos descubrimientos apuntan a vincular la madurez no solo con los aspectos cognitivos sino también con los psicosociales; y al abrir el foco hacia esa otra dimensión de la madurez, han demostrado con gran solvencia que la capacidad de juicio de los jóvenes está comprometida no tanto por esa menor experiencia vital sino porque a nivel psicosocial los jóvenes son todavía muy inmaduros¹³.

Así, la investigación neurocientífica ha demostrado que los sistemas y estructuras cerebrales involucrados en la autorregulación continúan madurando hasta mediados de la veintena. En efecto, el sistema que es responsable del autocontrol, de la regulación de los impulsos, de la orientación a pensar en el futuro, de la evaluación de las recompensas y los costes de un comportamiento arriesgado y de resistir la presión de los compañeros, sigue madurando de forma significativa hasta bien entrada la primera edad adulta (sobre los 25 años). Como consecuencia de esta inmadurez, los adolescentes tardíos suelen tener dificultades para controlar sus impulsos, especialmente en situaciones emocionalmente excitantes, en donde se ha demostrado que los jóvenes de 18 a 21 años muestran niveles de comportamiento impulsivo y patrones de

¹¹ Vid. SCOTT, E./STEINBERG, L., *Rethinking juvenile justice*, Ed. Harvard University Press, 2008.

¹² STEINBERG, L./SCOTT, E. S., «Less guilty by reason of adolescence: developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty», en *American Psychologist*, 58(12), 2003, p. 1012.

¹³ STEINBERG, L., «Risk taking in adolescence new perspectives from brain and behavioral science. Current Directions», en *Psychological Science*, 16(2), 2007, pp. 57-58.

actividad cerebral comparables a los de los adolescentes más jóvenes. Demostrando así que, en muchos aspectos y bajo ciertas circunstancias, los individuos de entre 18 y 21 años son neurobiológicamente más similares a los adolescentes de lo que se pensaba¹⁴ y que por tanto su capacidad de juicio se encuentra afectada. Esto es, cognitivamente tienen los recursos para tomar decisiones y guiar su comportamiento, pero su inmadurez psicosocial bloquea o nubla ese entendimiento¹⁵.

No obstante se matiza, como también se comentaban respecto al comportamiento delictivo, que existe aquí también una gran variabilidad individual entre personas de la misma edad cronológica, por lo que la aplicación del límite de edad de 19 años puede ser excesivo para algún joven porque tiene competencias de autorregulación suficientes; mientras que un límite 18 puede ser inadecuado para otro porque carece de control de impulsos y/o porque la necesidad de aceptación del grupo y su miedo al rechazo, le hace sucumbir mucho antes a la presión, y acabar involucrado en algún comportamiento de riesgo como la conducta delictiva¹⁶. Por lo tanto, a la vista de las pruebas científicas debe admitirse que el consenso legal por el que se fijan los 18 años como límite para adquirir la mayoría de edad es al menos cuestionable.

III. Percepciones públicas sobre los jóvenes y su comportamiento

Siendo este el contexto cabría preguntarse qué opina la sociedad al respecto y explorar cuándo los jóvenes empiezan a ser tratados como adultos en su ámbito de referencia. En este sentido, cada vez hay pruebas más evidentes de que los adolescentes de hoy día se implican más tardíamente en actividades propias de adultos. Un ambicioso y completo estudio ha demostrado cómo se ha retrasado la edad en la que los adolescentes empiezan a realizar conductas características de los adultos como tener relaciones sexuales, el consumo de alcohol, trabajar, conducir vehículos a motor o viajar solos. Todos estos comportamientos que demuestran de alguna manera la capacidad para vivir de mane-

¹⁴ STEINBERG, L./ICENOGLE, G., «Using Developmental Science to Distinguish Adolescents and Adults Under the Law», en *The Annual Review of Developmental Psychology*, 1, 2019, pp. 30-32.

¹⁵ STEINBERG, L., «The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents» criminal culpability», en *Nature Reviews Neuroscience*, 14(7), 2013, p. 516.

¹⁶ GARDNER, M./STEINBERG, L., «Peer influence on risk taking, risk preference, and risky decision making in adolescence and adulthood: an experimental study», en *Developmental Psychology*, 41(4), 2005, pp. 632-634.

ra independiente y autónoma se han ido retrasando progresivamente en las últimas cuatro décadas¹⁷. Por ello, y como señala Andres Pueyo, como las condiciones sociales que tienen los adolescentes de hoy día no les exigen poner a prueba sus recursos cognitivos, afectivos y motivacionales para adaptarse, de forma independiente, a una vida social autónoma propia de los adultos, se estaría produciendo un retraso de la madurez (psicosocial)¹⁸ cada vez más perceptible por todos.

Sin embargo, también es cierto que la sociedad es tremendamente contradictoria en todo lo que tiene que ver con la juventud y esa mayor protección que parece estar ejerciéndose con los jóvenes actuales, se diluye cuándo estos desafían con su comportamiento el bienestar de los adultos. Un ejemplo de ello son las opiniones recabadas a una muestra de españoles preguntada sobre cuál es la edad apropiada para tomar decisiones propias de un adulto frente a cuál es la edad apropiada para que un menor sea tratado como un adulto ante el sistema penal por haber cometido un hecho delictivo. Así, mientras la mayoría consideraba que la justicia penal debería tratar a los jóvenes como adultos a la edad de 15,8 años (tan solo un 19,4 % estaría de acuerdo con el límite establecido en la legislación penal), el límite en los otros comportamientos sometidos al escrutinio público fueron más elevados. Por ejemplo, según los encuestados el grado de madurez que se requiere para ejercer el derecho de voto o decidir a qué hora volver a casa sin permiso de los padres se sitúa cerca de la mayoría de edad legal, los 18. De igual manera, para la decisión de dejar de estudiar o tener relaciones sexuales la edad media considerada adecuada por los encuestados se sitúa cerca de los 17 años¹⁹. Estas evaluaciones dispares son en gran medida el reflejo de dos ideas subyacentes que afloran cuando los adultos valoran el comportamiento de los jóvenes y por lo tanto dos ideas que de manera implícita están en el debate político criminal en materia de infancia y juventud.

Así, por un lado, existe una tendencia por parte de los adultos de cada generación a valorar negativamente a la juventud en relación con su comportamiento, sus valores y el respeto hacia los adultos y las figuras de autoridad, es el efecto denominado «los chicos de hoy día» (*kids*

¹⁷ TWENGE, J. M./PARK, H., «The decline in adult activities among US adolescents, 1976-2016», en *Child Development*, 90(2), 2019, pp. 638-654.

¹⁸ ANDRES PUEYO, A., «La adolescencia acaba a los 25», en *Violencia: Las personas son la clave*. Recuperado de <http://laspersonasonlaclave.blogspot.com/2017/10/la-adolescencia-acaba-los-25.html>

¹⁹ FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Valoración ciudadana del castigo juvenil: Barómetro Observatorio de la Actividad Judicial 2012», en *Diario La Ley*, núm. 7944, 2012, p. 15.

these days effect)²⁰. Este efecto se produce cuando los adultos comparan a los jóvenes de hoy día con los de su generación, pero incurriendo en un error de percepción, ya que se proyectan hacia su pasado como jóvenes con las capacidades, competencias y recursos que tienen hoy día y no con las que tenían entonces; por lo que se juzga el comportamiento de los jóvenes de acuerdo con unas expectativas irreales, reclamando siempre un comportamiento mucho más ejemplar de lo que cabría esperar.

Por otro lado, cuando los jóvenes con su comportamiento desafían a los adultos originan sentimientos encontrados y la habitual demanda de protección y comprensión hacia la infancia se pone en entredicho, reclamando incluso el castigo ejemplarizante. De ahí que la toma de decisiones en materia de política criminal juvenil haya estado sumida siempre en un mar de tensiones y contradicciones²¹.

IV. ¿Cuál es entonces la edad más apropiada para exigir responsabilidad penal?

En realidad, no existe una respuesta unívoca a esta pregunta, tan solo es una necesidad que el legislador tiene, en la medida que hace tiempo que se consensuó el criterio cronológico como opción preferente frente al juicio individualizado de madurez, descartado por su menor seguridad jurídica.

La cuestión que se plantea es si a la vista de la información que se tiene en la actualidad, que es mucho más concluyente que lo era hace dos décadas, sería necesario un nuevo replanteamiento de la cuestión. Mucho se ha escrito sobre cómo la Neurociencia ha puesto en entredicho muchos de los planteamientos del Derecho penal y como señala Hassemmer «si existe conocimiento suficiente para justificar el juicio de que un ser humano pudo actuar de otro modo en la situación en la que cometió el hecho»²², sin que parezca existir una respuesta clara al respecto. Sin embargo, también es cierto que como sostiene Demetrio habría que tener «una *consideración abierta a otras ciencias*, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un

²⁰ PROTZKO, J./SCHOOLER, J., «Kids these days: Why the youth of today seem lacking», en *Science Advances*, 5 (10), 2019, p. 1.

²¹ FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Entre la educación y el castigo...», *op. cit.*, núm. 4, p. 31.

²² HASSEMER, W., «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», en *InDret*, 2, 2011, p. 11.

Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario»²³. Así ha ocurrido, por ejemplo, en relación con los avances neurocientíficos sobre el cerebro adolescente en Estados Unidos que han supuesto la declaración de inconstitucionalidad de la pena de muerte y la cadena perpetua para menores de 18 años²⁴.

De igual modo y en la medida que esa consideración abierta hacia otros saberes no supone cambiar radicalmente nada sino de deparar un trato más justo y humano al delincuente²⁵, tampoco puede ser obviada la información que la Criminología evolutiva ha aportado sobre cuándo los jóvenes empiezan a involucrarse en la carrera delictiva y cuándo comienza el desistimiento natural de esta.

Así las cosas, y partiendo de que el debate público estará siempre sumido en una constante contradicción, parecería oportuno proponer una revisión del límite inferior y del límite superior que actualmente ha marcado el legislador español en los siguientes términos.

1. *Repensando el límite superior*

Por un lado, y respecto al margen superior situar la mayoría de edad a los 18 años supone que muchos jóvenes serán tratados como adultos cuando realmente no lo son. A pesar de contar con una madurez cognitiva casi plena, la falta de madurez psicosocial presenta a los jóvenes de 18 años con un grado de madurez similar al de los jóvenes de 13 o 14 años. De tal manera que con el sistema actual estos jóvenes estarían respondiendo por su comportamiento como adultos cuando su inmadurez neurológica les haría personas realmente vulnerables, con menor capacidad para el autocontrol y/o para sucumbir a la presión de sus iguales; especialmente, en situaciones emocionalmente excitantes como sin duda lo es la situación que precipita la comisión de un hecho delictivo. Pareciendo ahora una propuesta razonable aquella de la que partía la primera versión de la LO 5/2000 que contemplaba la posibilidad de aplicar respuestas del sistema de justicia juvenil a los jóvenes de 18 a 21 años tras un juicio individualizado de madurez; especialmente, porque tras

²³ DEMETRIO CRESPO, E., «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y Derecho penal», en *Revista Penal México*, 6, 2014, p. 115.

²⁴ STEINBERG, L., «The influence of neuroscience...», *op. cit.*, núm. 15, p. 514.

²⁵ DEMETRIO CRESPO, E., «Libertad de voluntad...», *op. cit.*, núm. 23, p. 124

dos décadas hay experiencia y recorrido suficiente en el sistema de justicia juvenil español para que esto sea una realidad.

El mayor problema de la opción actual no es tanto su menor consideración humanitaria, que lo es y por sí sola ya debería justificar una reforma, sino que además resulta absolutamente ineficaz desde una perspectiva práctica porque se proporciona una respuesta que ya no está centrada en favorecer su proceso educativo y fomentar su desistimiento natural. La respuesta que prevén las leyes penales de adultos es fundamentalmente de carácter retributivo, y persigue la defensa social a través de condenas de larga duración. Estos castigos, según señalan Thornberry et al.: «se aplican presuponiendo que la criminalidad es una especie de rasgo personal fijo y estable, que cristaliza en las primeras etapas de vida y resulta casi inmutable a partir de entonces»²⁶. Sin embargo, toda la investigación criminológica más reciente sugiere lo contrario ya «que el cambio de la conducta delictiva es lo más habitual y probable»²⁷.

La cuestión es que es difícil que se produzca un cambio en el comportamiento de un joven cuando se halla cumpliendo condena en un centro penitenciario que, por norma general, va a suponer el contacto de estos jóvenes con personas de mayor edad con una consolidada carrera criminal, así como la adhesión a un sistema que, por sus dimensiones, sus inercias y por el rol que cumplen sus profesionales, tiene una vocación educativa mucho menor que el juvenil²⁸.

La intervención en centros privativos de libertad ha demostrado ser la menos eficaz de las intervenciones, y, lo más importante, no funciona porque bloquea los factores que favorecen el desistimiento natural. De ahí a que se haga necesario plantear la posibilidad de intervenir con este colectivo de manera intensiva en el ámbito comunitario. Todas las evidencias científicas sugieren que la privación de libertad no es una respuesta efectiva desde el punto de vista de la reincidencia y existen programas y propuestas que posibilitan intervenir positivamente con jóvenes muy conflictivos en el medio comunitario²⁹. En ningún caso, ni las sentencias largas ni los periodos de encarcelamiento más

²⁶ THORNBERRY, T./GIORDANO, P./UGGEN, C./MATSUDA, M./MASTEN, A./BULTEN, E./DONKER, A./PETECHUK, D./REDONDO-ILLESCAS, S., «Explicaciones teóricas de las transiciones delictivas», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 11, 2013, p. 40.

²⁷ THORNBERRY, T., et al., «Explicaciones teóricas...», *op. cit.*, núm. 25, p. 40.

²⁸ BISHOP, D., «Juvenile transfer in the United States», en Junger-Tas, J./Decker, S. (Eds.) *Reforming Juvenile Justice*, Ed. Springer, 2009, pp. 98-100.

²⁹ LIPSEY, M./CULLEN, F., «The effectiveness of correctional rehabilitation: a review of systematic reviews», en *Annual Review of Law and Social Science*, 3, 2007, p. 302.

prolongados, mecanismos de uso habitual con los delincuentes adultos, reducen la reincidencia de los delincuentes graves³⁰.

Esto es especialmente cierto para aquellos delincuentes juveniles persistentes que suelen tener carreras delictivas más largas que la media y les cuesta más abandonar el comportamiento delictivo, tanto porque pueden poseer mayores factores de riesgo, como por que su motivación delictiva es mayor. Este colectivo que requiere una respuesta más especializada e intensiva es, por otra parte, cuantitativamente mucho más pequeño, por lo que desde la óptica de un reparto eficiente de los recursos, a ellos es a los que les debería corresponder toda la atención de medios materiales y humanos. De tal manera que la propuesta que se plantea es económicamente viable, ya que estos jóvenes ya están consumiendo muchos recursos en la jurisdicción de adultos, fundamentalmente de la administración penitenciaria, que es la más costosa de todas. Frente a esta gravosa (desde el punto de vista económico) respuesta penal, la propuesta planteada es la de una intervención comunitaria que, aunque sea intensiva, es mucho menos dispendiosa que la privación de libertad en un centro.

Y si esta propuesta parece impensable, porque puede ser difícil de explicar a la sociedad; existe todavía un plan alternativo que permitiría ser más eficaces con la intervención realizada con este colectivo. El sistema, tal y como está concebido y sin modificar el marco legal, podría tratar de explotar al máximo los recursos rehabilitadores del sistema ordinario para que estos jóvenes puedan verse favorecidos y no bloquear, sino impulsar su proceso natural de desistimiento. Así, podría fomentarse el uso de las alternativas con este grupo de jóvenes y, si deben ser enviados a prisión, proponer una actuación diferente. Por ejemplo, podría ser una buena solución si concurren los requisitos su clasificación inicial en tercer grado³¹. Para estos jóvenes sería especialmente útil apoyar y asistir su salida a la calle con recursos normalizados que le ayuden a engancharse con la vida prosocial. Algo similar a lo que se realiza con muchos jóvenes en la justicia juvenil cuando, tras el cumplimiento de la medida en centro, pasan a cumplir un período de libertad vigilada que empieza a prepararse incluso cuando el joven todavía está internado.

En otras palabras, la política criminal juvenil actual, tal y como está concebida, en muchos casos lo que acaba produciendo es un em-

³⁰ LOEBER, R., *et al.*, «La transición desde...», *op. cit.*, núm. 6, p. 35.

³¹ MARTÍ BARRACHINA, M./LARRAURI, E., «Una defensa de la clasificación inicial de las penas cortas en régimen abierto», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 20-23.

peoramiento y alargamiento de las carreras delictivas de los jóvenes más conflictivos³² (Loeber y otros, 2011) y sugiere revisar la respuesta con el grupo de jóvenes adultos, tal y como algunos países ya realizan con resultados satisfactorios³³.

2. *Repensando el límite inferior*

Respecto al límite inferior en los 14 años se recuerda que esta decisión se había sustentado en dos argumentos principales: i) las infracciones cometidas por los menores de esta edad son, en general, irrelevantes; y ii) que para darles una respuesta adecuada es suficiente la asistencia social y familiar.

En relación con la primera cuestión, efectivamente, no se trata de un grupo muy numeroso. De hecho, del total de diligencias preliminares incoadas, en torno a un 10% corresponde a delitos cometidos por menores de 14 años³⁴. Pero que sean escasos, no significa que sean irrelevantes³⁵. Tal y como se comentaba con anterioridad, algunos jóvenes comienzan a cometer conductas antisociales y/o delictivas a muy temprana edad y, en muchas ocasiones, son precisamente estos menores que empiezan a delinquir antes, los que tienen peor pronóstico de acabar desarrollando una carrera criminal y son los que necesitarán con mayor probabilidad una intervención más intensiva.

Esto nos lleva a la otra cuestión, si es suficiente la asistencia social y familiar para responder por los delitos cometidos por los menores de edad, que implícitamente conduce también a plantearse si deberían ser los servicios de protección de la infancia los que tengan que proporcionar respuestas a cuestiones de naturaleza penal. Respecto a la primera cuestión está claro que con esta decisión solo aquellos jóvenes que estén en situación de riesgo social acabaran recibiendo una respuesta por el hecho delictivo, ya que solo la situación de riesgo puede justificar la intervención desde el sistema de protección. Esta decisión no solo se muestra injusta por discriminatoria, creando una justicia administrativa paralela, sino que además resulta totalmente ineficaz desde el punto

³² LOEBER, R., *et al.*, «La transición desde...», *op. cit.*, núm. 6, p. 15.

³³ DÜNKEL, F., «Crime policy toward delinquent young adults in Europe: A comparative approach», *Les Cahiers de la Justice*, 2, 2020, pp. 313-331.

³⁴ FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», en *In Dret*, 4, 2013, p. 13.

³⁵ FERNÁNDEZ-MOLINA, E./BERNUZ BENEITEZ, M. J., *Justicia de menores*, Ed. Síntesis, 2018, p. 164.

de vista de la prevención de la delincuencia, ya que se está obviando la importancia de realizar una intervención temprana cuando existan otros factores de riesgo, susceptibles de contribuir al desarrollo de una futura carrera criminal, que no procedan exclusivamente del entorno familiar y social. Por otra parte, la ausencia de respuesta podría ser interpretada como una declaración de irresponsabilidad de los menores de 14 años de los menores que no estén en situación de riesgo y podría generar un sentimiento de impunidad y de incoherencia del sistema que, en general, apuesta por la responsabilización por los hechos cometidos³⁶. Junto a la legitimidad de su fundamento se encuentran también objeciones desde el punto de vista de las garantías jurídicas, por lo que se reclama que medie el consentimiento del menor y sus padres y que se cuente con el asesoramiento de un abogado durante todo el proceso³⁷.

Por último, y volviendo al colectivo de los jóvenes con las carreras criminales más intensas, se había insistido en que estos con frecuencia suelen iniciarse en la delincuencia de manera precoz, mucho antes de los 14 años. En estos casos, es posible que la política criminal actual esté agravando más la situación. Si se tiene en cuenta que la media de duración de un proceso desde que se comete el delito hasta que se inicia el cumplimiento de la medida es de 8 meses³⁸, eso significa que, en el mejor de los casos (si el menor es detectado con los 14 años recién cumplidos), la respuesta formal llega, cuando el menor está a punto de cumplir los 15 años. En principio, y especialmente en estos casos de peor pronóstico, parece un tiempo excesivo el que transcurre desde que se ha iniciado el comportamiento delictivo, sin que exista ninguna consecuencia ni se realice ningún tipo de intervención educativa especializada. En este caso si, por ejemplo, se mantuviera el margen inferior de edad del anterior sistema, los 12 años, se podrían adoptar algunas de las respuestas de la justicia juvenil, fundamentalmente aquellas de mínimo impacto (medidas restauradoras y comunitarias).

En conclusión y para terminar, en concordancia con lo hasta aquí expuesto, se apela a valorar toda la información de la que se dispone actualmente, para modificar inercias e intervenciones que devienen ineficaces porque carecen de fundamento científico. No se trata de grandes reformas estructurales, sino de repensar lo que se hace y lo que se podría hacer con los profesionales y los recursos de los que ya se dispo-

³⁶ FERNÁNDEZ-MOLINA, E., y BERNUZ BENEITEZ, M. J., «Justicia...», *op. cit.* núm. 35, p. 164.

³⁷ ORNOSA FERNÁNDEZ, R., *Derecho penal de menores*. Ed. Bosch, 2003, p. 158.

³⁸ FERNÁNDEZ-MOLINA, E./BARTOLOMÉ, R., *Delincuencia y justicia juvenil en España ¿qué sabemos?*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 95.

ne. El que un límite pueda parecer más o menos ajustado tiene también mucho que ver con las instituciones que se cuenta. En este sentido el sistema de justicia juvenil español cuenta con recursos adecuados tanto para una intervención más educativa y accesible para los jóvenes de menor edad, como una intervención sólida e intensiva para aquellos que son mayores. La individualización del caso que se realiza en el sistema y los recursos desarrollados durante estas dos décadas deberían animar al legislador a hacer un replanteamiento de estos límites para apostar por una legislación más humanitaria y respetuosa de los derechos de los niños, pero también más eficaz en la prevención de la reincidencia futura.

IL FUTURO DELL'ILLECITO DELL'ENTE DA REATO NELLO «SPAZIO GLOBALE»

ANTONIO FIORELLA
NICOLA SELVAGGI

I. Nel celebrare l'amplissima personalità scientifica dell'amico Luis Arroyo Zapatero, il ricordo va alle esperienze ed iniziative che hanno accomunato il nostro percorso. Di particolare importanza a noi sembra la ricerca sulla responsabilità dell'ente da reato che per tre anni abbiamo condiviso dalla fine del 2009 al 2012¹. È perciò questo il tema che vogliono riprendere le pagine che seguono, per isolare un aspetto centrale della disciplina che ne condiziona la piena affermazione nello spazio «globale».

Alla ricerca delle ragioni che ostacolano lo sviluppo dell'illecito dell'ente da reato, in particolare nella prospettiva di un'armonizzazione della relativa disciplina su scala universale, ventennali ricerche ci hanno convinti che una delle principali difficoltà stia nell'incompiuta affermazione del principio di colpevolezza nella specifica materia; o comunque nella mancata maturazione dei presupposti legislativi della colpevolezza dell'ente medesima e dei parametri della sua prova; con un'evidente esigenza di chiarezza circa il regime processuale della contestazione e dell'onere della verifica processuale dello stesso, con un'univoca definizione del soggetto cui l'onere spetti e in quali limiti².

Millenarie perplessità continuano a riproporre, sia pur in misura circoscritta o molto più circoscritta, in forma più o meno sotterranea, talora assai chiaramente, l'idea che la responsabilità penale o para-penale dell'ente costituisca una «sovrastuttura» giuridica imposta a una sorta di «ectoplasma», l'ente collettivo, che da molti continua ad esse-

¹ Si cfr. *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, voll. I e II, Napoli, 2012.

² Per maggiori approfondimenti, si cfr. FIORELLA-SELVAGGI, *DALL' «utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018, di cui il presente scritto costituisce una sintesi.

re inteso quasi come una vera e propria finzione, sotto forma di centro «immaginario» di un'autonoma responsabilità.

A fronte della convinzione spesso manifestata ai livelli più alti e prestigiosi delle organizzazioni internazionali circa la necessità «utilitaristica» della disciplina penale o para-penale della responsabilità dell'ente, quale elemento ormai considerato indispensabile di una strategia integrata e «globalizzata» di prevenzione e contrasto dei più gravi fenomeni criminosi, si levano voci dissenzienti che protestano la sua pratica «insignificanza».

A fronte dei costi spesso ingenti che l'ente sopporta per la propria organizzazione «preventiva» del reato, la pratica si mostra spesso insensibile, con condanne che scoraggiano l'ortodossia.

Ora, a noi non sembra frutto di una scelta mistificante l'ascrizione della responsabilità all'ente per il reato dell'esponente; anzi pare senz'altro utile la previsione della stessa. Ma, al contempo, nessuno può ignorare come l'ente pretenda che i suoi diritti vengano rispettati, che il suo impegno venga riconosciuto, che il proprio comportamento «collettivo» non venga appiattito su quello dell'esponente infedele: in breve, che la colpevolezza di quest'ultimo non travolga anche l'intera organizzazione, che la sua «incolpevolezza» venga consacrata riconoscendo la propria «autoregolamentazione» virtuosa con il corrispondente comportamento di gestori e controllori.

Solo costruendo un sistema adeguato che ne tenga conto, la disciplina dell'illecito dell'ente da reato può conseguire la piena legittimazione e realizzazione.

La quale non può concepirsi con approccio miope nel concluso e ristretto giardino dei singoli Stati; ma in un'ottica globalizzata che garantisca la circolazione di parametri comuni di responsabilità in grado di favorire scambi sempre migliori, efficiente contrasto al reato e giustizia di intervento punitivo, combattendo la fuga verso il «foro amico».

A noi sembra che, pur nella grande diversità dei modelli, possano cogliersi tendenze significative che soprattutto nello specifico ambito di materia aprono la strada, se non ad una vera e propria unificazione, almeno al riavvicinamento e all'armonizzazione tra i sistemi.

Ma –ripetiamo– fattore fondamentale per la più forte promozione sta nel riconoscere l'autonomia della responsabilità dell'ente, rispetto a quella dei vari esponenti, ammettendo dunque il primo al diritto di difendersi pienamente provando la sua estraneità anche «soggettiva» all'illecito.

II. A nostro avviso, uno dei motivi che spinge ad un reale approfondimento della colpevolezza dell'ente³ si collega alla fascinazione esercitata dalle predette visioni «utilitaristiche» della responsabilità penale o comunque da reato dell'ente (si potrebbe dire: ancora troppo legate ad un rude «carrot and stick approach»).

Precisiamo che, quando parliamo di visione «utilitaristica», ci riferiamo anzi tutto all'idea, ancora largamente diffusa, dell'ente (e delle sanzioni corrispondenti) quale appendice «a costo zero» (o quasi) del sistema punitivo; idea che, com'è naturale, trova espressioni e diramazioni diverse a seconda degli ordinamenti di volta in volta presi in considerazione e in generale si traduce nella difficoltà di coniugare il «soggettivo» con l'ente, quale momento insostituibile e specifico del regime di responsabilità che condizioni l'applicazione di sanzioni penali o «para-penali»⁴.

D'altro canto, secondo quanto si vedrà, la colpevolezza del soggetto collettivo si compone di un tessuto al contempo autonomo e coordinato con la colpevolezza individuale; per cui, inevitabilmente, dovendo impegnarsi nell'appropriata costruzione di un elemento soggettivo proprio dell'illecito dell'ente, nel valorizzare anche le specificità necessarie richieste dal fenomeno collettivo organizzato, non può non considerarsi quanto sul tema specifico incidano le difficoltà, ancora assai persistenti, di garantire che l'imputazione propriamente penale sia agganciata a criteri autenticamente espressivi della dominabilità (anche) soggettiva del fatto.

È soprattutto sul piano della concreta vitalità della «colpevolezza» che affiorano obiezioni e difficoltà e, di qui, tendenze ad oggettivizzare il relativo giudizio o ad iscrivere la colpevolezza in approcci pratici che

³ Approfondimento che, come osservato, può effettivamente coltivarsi sposando una prospettiva non «localistica» ma al contrario realmente orientata a raccogliere elementi capaci di comprendere come si manifesti la ricerca del «soggettivo» a livello «globale», secondo un modello d'indagine scientifica che potremmo definire transnazionale o universale; metodo, questo, che comincia ad emergere anche nella letteratura anglo-americana: si cfr., in particolare, SUN BEALE-SAFWAT, *What Developments in Western Europe Tell Us About American Critiques of Corporate Criminal Liability*, 8 Buffalo Crim. L. Rev. 89 (2004); di recente parlano di «global march towards corporate criminal liability and the sharing of legal models», LAUFER-SELVAGGI, «Corporate Criminal Liability and American Exceptionalism», in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 69 ss.; in generale, può rinviarsi al saggio di Arroyo Zapatero, contenuto in DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, 15 ss.; HÖRNLE, «Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft», in TIEDEMANN-SIEBER-SATZGER-BURCHARD-BRODOSKY (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Bade-Baden, 2016, spec. 300 ss.; DONINI, «An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, spec. 15-17; NIETO MARTIN, «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», in *Revista penal*, 2007, 120 ss.

⁴ Come osserva LAUFER nel suo *The Missing Account of the Progressive Corporate Criminal Law*, in *Nyujlb*, 139 (2019), 8 (n. 31): «Priority should be given to the correspondence between conceptions of corporate fault, as enterprise wrongdoing, and the commitment to corporate compliance expected, encouraged, and rewarded by prosecutors and regulators».

potremmo definire «riduttivi». Ed è proprio muovendo dalla constatazione di tali difficoltà che può comprendersi il reale divario tra ciò che promette il principio di colpevolezza e ciò che esso attualmente garantisce nelle multiformi e varie esperienze che caratterizzano l'odierna realtà giuridico-penale.

Da una parte, infatti, sta il «programma» di realizzare la massima personalizzazione del giudizio di responsabilità, onde formulare un autentico rimprovero nei confronti del soggetto chiamato a rispondere del fatto; dall'altra, al momento di attuare tale programma, affiorano le eterne difficoltà di indagare i fenomeni che della colpevolezza dovrebbero costituire la struttura, di raccogliere e valorizzare le condizioni che definiscono in ultima istanza la possibilità di agire diversamente.

In questa oscillazione, prende corpo il rischio che la colpevolezza diventi una sorta di «direttiva etica» dell'operatore giudiziario (dell'interprete) o del sistema nel suo complesso; un criterio non vincolante che può cedere dinanzi a prospettive che del diritto penale valorizzino specialmente il significato di strumento di tutela; cogliendone, in altri termini, l'aspetto di utilità (per il governo della comunità) e trascurando tutte le esigenze di giustizia che l'esercizio della potestà punitiva dovrebbe invece compiutamente realizzare.

Occorre che la scienza giuridica s'impegni in una complessa rivisitazione dell'ente quale destinatario del precetto e, quindi, di qui, della stessa struttura della responsabilità che, nel caso in cui venga commesso un reato, può essere prospettata a carico dell'ente medesimo. Per usare le parole un tempo impiegate nella descrizione degli andamenti «ciclici» e delle correnti profonde della scienza giuridica europea⁵, occorre muovere dal momento «pragmatico» al momento «riflessivo» ed aprire finalmente alla costruzione di un pensiero razionale per l'illecito riferibile all'ente.

Solo partendo da qui, infatti, l'autoregolamentazione può diventare un elemento vitale del sistema: l'ente, e la sua responsabilità, devono «essere presi sul serio» perché possano ottenersi risultati effettivi sul piano della prevenzione; mentre devono abbandonarsi visioni e modelli nei quali il soggetto collettivo sia concepito come un mero ricettore «passivo» di conseguenze giuridiche. Perché il sistema della responsabilità dell'ente da reato si affermi pienamente, perché l'opera di sensibilizzazione verso una autoregolamentazione virtuosa maturi efficacemente, occorre –lo si ripete– avere le idee chiare e applicarle coerentemente: è necessario che si riconoscano i diritti dell'ente e, tra questi, il diritto di

⁵ ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 27.

difendersi provando di aver fatto tutto quanto possibile per prevenire lo specifico reato che venga contestato al suo esponente.

Benché possa apparire singolare, oggi «il contratto sociale» chiede dunque che sia sviluppato, anzi esplicitato, il rapporto con l'organizzazione pluripersonale. In esso, ci sembra imprescindibile il tema delle condizioni in presenza delle quali un ente possa essere chiamato a rispondere di un reato.

È proprio nei frutti maturi di questa relazione tra «autoregolamentazione in funzione preventiva» e «arricchimento della fattispecie di responsabilità» che risiede il definitivo consolidamento dell'ente quale soggetto legittimamente ed efficacemente integrato nel sistema penale. Frutti che, a ben vedere, il dibattito scientifico ed anche l'evoluzione degli strumenti normativi (oltre che della prassi applicativa) sono ben lungi dall'aver colto pienamente.

Soprattutto nel mondo globalizzato dell'economia, quanto detto significa che nei diversi paesi il legislatore dovrebbe usare la necessaria severità, dovrebbe orientare l'azione degli enti verso la maggiore attenzione possibile all'organizzazione preventiva. *Riconoscendo, però, al contempo gli sforzi fatti, favorendo la capacità degli enti stessi di far valere sul piano pratico, sotto i diversi profili, ma eminentemente sul piano dell'accertamento penale, le ragioni che dimostrino la propria innocenza pur nel caso in cui il reato sia stato commesso, ma senza che la volontà dell'ente nel suo complesso potesse dirsi in sintonia con l'illecito. In breve: occorre riconoscere con la massima chiarezza il principio di colpevolezza nell'illecito dell'ente da reato, dando compiuto risalto alla possibile divaricazione della volontà dell'ente da quella di chi (persona fisica) il reato abbia commesso.*

III. Pur nell'ancora persistente varietà di indirizzi tra i singoli Stati e talvolta nell'indifferenza ai profili di migliore personalizzazione (o, semplicemente, di personalizzazione), a nostro avviso, in particolare considerando l'orizzonte sovranazionale dei principi, quando si tratti di responsabilità penale o para-penale non è possibile eludere il tema di fondo del collegamento concreto e specifico tra il singolo fatto e l'ente, secondo una prospettiva che sappia valorizzare compiutamente il contributo della «colpevolezza» alla valutazione dell'atteggiamento complessivo serbato dall'ente medesimo, onde evitare –va da sé– che si perfezionino giudizi di responsabilità «ohne Ansehen der Person»⁶, sia pure in rapporto ad una struttura tanto diversa dall'individuo qual è il soggetto collettivo.

⁶ Per usare le parole di Jescheck, impiegate naturalmente nell'analisi del reato, nel suo *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 404.

L'analisi dei termini in cui l'ente si pone quale «destinatario» della norma supporta questa prospettiva: la funzione di orientamento, propria della norma medesima, si realizza per l'esistenza di un «soggetto» che, attraverso una «struttura» o, per meglio dire, un sistema di processi comunicativi e conseguenti provvedimenti e azioni organizzative coinvolgenti la pluralità di individui che operano nel suo seno, può essere complessivamente valutato come in condizione di «reagire» responsabilmente al precetto, seguendo una razionalità conforme ovvero divergente dagli scopi dell'ordinamento⁷.

D'altro canto, l'ambientazione nel contesto –se non formalmente penalistico– quantomeno nell'alveo di regimi che condizionano conseguenze penetranti ed altamente afflittive, anche con gli scopi preventivi loro propri, nell'imporre di progettare una corona di garanzie realmente «protettive», consente di accogliere anche l'ulteriore e conseguente sviluppo per cui un soggetto può essere destinatario di un «rimprovero» in quanto non abbia compiuto tutto quanto possibile per condizionare, in conformità al precetto, la situazione concreta in cui il reato è maturato⁸: in questo senso, ciò che vale per la formulazione del giudizio di colpevolezza a carico dell'individuo non dovrebbe disperdersi quando si faccia riferimento al soggetto collettivo.

⁷ Si tratta dunque di una prospettiva che guarda all'ente come «sistema sociale»: si cfr., per gli sviluppi fondamentali, naturalmente LUHMANN, *Soziale Systeme*, 4. Auflage, Frankfurt am Main, 1994, 193 ss.; TEUBNER, *Unternehmenskorporatismus, New Industrial Policy und da «Wesen» der juristischen Person*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgeber und Rechtswissenschaft*, 1987, 61 ss. – ma con sviluppi che tendono a considerare, secondo il modello della «aggregazione», i singoli comportamenti in cui il «sistema» può essere «scomposto» e poi «valorizzato» ai fini della elaborazione di una fattispecie di responsabilità compiutamente personale (prospettiva, questa, che invece sembra ancora rifiutata da molte autorevoli voci della dottrina tedesca: si vedano, in particolare, JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, 559 ss., e, di recente, con particolare sottolineatura della insuperabilità del collegamento tra «normative Ansprechbarkeit» e persona fisica, LÜDERSSEN, *The aggregative Model: Jenseits von Fiktionen und Surrogaten*, in KEMPF- LÜDERSSEN-VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, 79 ss.; aperture, invece, si rinvengono in quegli autori che valorizzano il c.d. «Pflichten-oder Normadressatenschaft» dell'ente come, tra gli altri, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, New York, 1984, 231 y ss; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte-Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen, 1993, 201 ss.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe-Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschen und US-amerikanischem Recht*, Berlin, 1994, 287 ss.).

⁸ Nella dottrina tedesca rileva come per un'appropriata ricostruzione di un concetto di colpevolezza dell'ente occorra partire da un «fatto di collegamento» colpevole commesso da un esponente del soggetto collettivo dovendo però a tale condizione aggiungersi l'indispensabile accertamento della «concreta evitabilità» del fatto medesimo, da parte del soggetto collettivo medesimo, mediante l'esercizio dei poteri di organizzazione («Nachweis der konkreten Vermeidbarkeit dieser Tat durch organisatorische Vorkehrungen seitens des Verbandes»), HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen, 1993, 26 ss. e *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, ZStW 107 (1995), 285, 312 ss.

Naturalmente, nell'ottica di comporre una grammatica generale dell'illecito attribuibile all'ente, interessa far emergere, con riguardo specifico alla «colpevolezza», quei contenuti che possono considerarsi come irrinunciabili.

Sotto questo profilo –diciamo subito– un punto di fondo sta nell'assicurare che l'indispensabile riferimento al «comportamento» organizzato sia coerente con un sistema di responsabilità per il fatto; e non si risolva in uno scenario il quale finisca con il rendere estraneo l'evento-reato all'oggetto della colpa, e di conseguenza indeterminato l'oggetto del rimprovero, ovvero che, per altro verso, veda il predominio di momenti puramente oggettivi di inosservanza⁹.

Nella ricerca della più corretta «soggettivizzazione», in effetti, non vi è indirizzo scientifico che non colga il rilievo del difetto di organizzazione o della «colpa organizzativa».

Tuttavia l'esame dei diversi sviluppi indica come questo rilievo, nella maggior parte dei casi, non mostri ancora di tradursi in *schemi di reale e compiuta appartenenza del fatto all'ente per la sua dominabilità (anche e propriamente) soggettiva*.

Nel tentativo di elaborare un fatto specifico dell'ente, nel tentativo –più precisamente– di modellare schemi di responsabilità «originaria» del soggetto collettivo, talune ipotesi ricostruttive arretrano il focus del disvalore incentrandolo su una condotta «anticipata» rispetto a quella direttamente produttiva dell'evento; mirando così alla definizione di un illecito dell'ente autonomo dal reato della persona fisica, la cui colpa deve essere rappresentata in sé e per sé, rapportandola al difetto organizzativo.

In altri termini, queste teorie ritengono che l'*ubi consistam* del fatto illecito riferibile al soggetto collettivo non risiederebbe nel (né propriamente farebbe capo al) reato commesso dalla persona fisica, identificandosi piuttosto con la lacuna organizzativa in sé e per sé presa¹⁰.

⁹ Rileva il rischio di intendere la colpa dell'ente «de manera objectiva acudiendo al expediente del defecto de organización», GÓMEZ-JARA Díez, *La culpabilidad de la persona jurídica, in Bajo Fernández-Feijoo Sánchez-Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, 144.

¹⁰ Occorre d'altro canto tenere presente che talvolta le scelte adottate dal singolo legislatore possono non aiutare a fare chiarezza; con riguardo, per esempio, alla disciplina italiana, si è notato che nel disegno legislativo «(...) sfugge l'obiettivo attorno al quale è incentrata la carica offensiva che si intende fronteggiare: se si profila un ulteriore livello di responsabilità per il reato commesso o se si censura la mancata adozione di un sistema di prevenzione dei reati»: così BRUNELLI, «Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpa normativa», in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 24.

Altri autori isolano una «responsabilità sociale» dell'ente per la sua difettosa organizzazione, disancorata dal fatto-reato, che dunque –proprio in ragione di questa astrazione– rischia di tradursi in mere presunzioni di colpa rispetto all'evento costituito dal reato; presunzioni, detto altrimenti, che soffocano il respiro vitale del rimprovero di colpevolezza, in quanto escludono una reale «concretizzazione» e «individualizzazione» dell'accertamento della responsabilità rispetto all'evento medesimo.

In generale, queste impostazioni favoriscono visioni tendenti a slittare verso la valorizzazione del modo di essere, anzi della «pericolosità criminale» dell'ente, che, per definizione, allontana dall'obiettivo di fondare razionalmente la «sanzione per l'illecito dell'ente» –mantenendo invece altre tipologie di intervento, a cominciare dalle «misure di sicurezza» soltanto come opzioni eventuali e sussidiarie– anzitutto come sanzione per il fatto commesso¹¹.

D'altro canto, nell'ottica di garantire che il giudizio di responsabilità si perfezioni in rapporto all'effettiva appartenenza e (dunque) alla dominabilità da parte del soggetto collettivo del fatto ad esso ascrivibile (in quanto produttivo dell'evento), non basterebbe neanche guardare all'adeguatezza della regola preventiva, così come progettata, e alla sua attualizzazione al momento del fatto.

Ad emergere, in questo caso, è infatti una prospettiva, pur avanzata e talvolta meritoriamente impostata con riferimento al fatto specifico, che isola soltanto momenti puramente oggettivi sul presupposto che il concetto di «colpa organizzativa» potrebbe elaborarsi seguendo la logica di una integrale «oggettivizzazione» (più che, a ben vedere, di una «normativizzazione») dei suoi contenuti normativi, consistenti nella violazione oggettiva di una regola cautelare in sé e per sé presa, senza verificarne la «rimproverabilità»¹².

¹¹ Cfr. DANNECKER, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, in GA, 2001, p. 119 ss.; in ordine ai profili specifici cfr. più ampiamente DE SIMONE, «Il "fatto di connessione" tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa», in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 81 ss.

¹² In questi termini, ancora nella letteratura tedesca, OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, Berlin, New York, 1993, 30 ss.; *id.*, *Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen*, in *Jura*, 1998, 409 ss. (per un recente riesame di queste posizioni si cfr. KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter-Ein Beitrag zur Frage der Verbandsstrafe im deutschen Strafrechtssystem*, Baden-Baden, 2008, 240 ss.); per la costruzione della colpa organizzativa quale violazione di un obbligo generale di auto-organizzazione, gravante sull'ente, teleologicamente orientato al contenimento del rischio di commissione del reato e, dunque, di natura non strettamente cautelare ma propriamente «progettuale» o «pianificatoria», PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, 260 ss.; PALIERO-PIERGALLINI, «La colpa di organizzazione», in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 167 ss.; si cfr., PALIERO, *La società*

In realtà, osservando l'accostamento del fenomeno organizzativo al mondo del diritto, in tutti i suoi momenti ed aspetti, ci sembra emergano possibilità significative per l'analisi penalistica, ancora non compiutamente esplorate. Specie per quanto attiene alla ricerca dei *contenuti autenticamente soggettivi*, il riferimento alla organizzazione in funzione preventiva dovrebbe essere senz'altro ampliato per farne emergere i veri punti focali dell'imputazione¹³.

Garantendo gli opportuni sviluppi e approfondimenti tecnici, risulta chiaro che il fatto ascrivibile al soggetto collettivo è, a ben vedere, soltanto quel che costituisce il *risultato del colpevole mancato dominio da parte dell'ente del comportamento di chi abbia realizzato il reato*, per la ragione di non aver fatto tutto quanto possibile per orientare, in conformità al precetto, la situazione concreta che costituisce la «culla» del reato medesimo, sì da impedirlo o comunque fronteggiarlo seriamente¹⁴.

Conseguentemente, secondo quanto si vedrà, deve ritenersi insoddisfacente ogni schema di responsabilità che finisca col soffocare il rilievo delle iniziative «individuali» e «aggregate» di coloro che operano nell'organizzazione pluripersonale del soggetto collettivo e che possano determinare o agevolare l'«agire virtuoso collettivo» per impedire il reato o comunque renderne più gravosa la commissione; e che perciò, esattamente come si osserva per le ipotesi di responsabilità penale «senza colpevolezza», risulta anche controproducente, nel senso di collidere con lo scopo, che dovrebbe esser proprio di ogni buono strumento normativo in materia, di motivare tutti coloro i quali, a diverso titolo, fanno parte dell'ente nel senso di promuovere e controllare il rispetto della legalità¹⁵.

punita: *del come, del perché, e del per cosa*, Riv.it.dir.proc.pen., 2008, 1516 ss. (ed in particolare, nelle conclusioni, p. 1545 per l'opportuna segnalazione che il nodo da sciogliere concerne proprio il chiarimento se il sub-sistema imputativo delineato dalla legislazione italiana – ma a ben vedere, a noi sembra, questa problematizzazione può trascendere lo specifico piano domestico – integri in effetti un tipo colposo in senso stretto ovvero «(...) un obbligo di condotta meramente preventivo, non tanto cautelare, quanto cautelativo orientato alla prevenzione astratta del rischio-reato»).

¹³ LÜDERSSEN, «The aggregative Model: Jenseits von Fiktionen und Surrogaten», in KEMPF-LÜDERSSEN-VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, cit., 79 ss.

¹⁴ Si cfr. sul punto anche la recente indagine di MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Roma, 2017, 462 ss., per l'analisi dell'illecito riferibile all'ente secondo uno schema bipartito che distingue tra un elemento oggettivo (costituito dal contributo fornito dall'ente alla commissione del reato «in forma di omesso apprestamento di adeguate misure preventive. Tale è il *fatto oggettivo colposo* dell'ente») e un elemento soggettivo individuato nell'esigibilità soggettiva di un'organizzazione conforme allo standard doveroso.

¹⁵ FIORELLA, «From Macro-anthropos to «multi-person organisation», in *Towards a common model in the European Union*, cit., 374 ss.; FIORELLA-SELVAGGI, «Compliance programs» e dominabilità «aggregata» del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente

In questa prospettiva, se da un lato viene certamente in rilievo il collegamento, in senso stretto oggettivo, tra l'organizzazione «in funzione preventiva» ed il reato, dal punto di vista del nesso di derivazione, dall'altro non vanno però trascurati i precisi significati che devono assumere, nell'ottica della costruzione di un compiuto concetto di colpevolezza, anche i coefficienti squisitamente psicologici riconducibili ai diversi «attori» della prevenzione con riferimento al (e dunque al momento del) fatto e che, combinati tra loro, consentono di valutare se la commissione del reato fosse effettivamente prevedibile.

A noi sembra invero che non possa prescindersi anche dal riconoscere, in relazione agli esponenti qualificati dell'organizzazione, in funzione preventiva ed in rapporto al singolo reato, l'esigenza di combinare –anzi: aggregare– i diversi momenti psicologici dei detti esponenti dell'ente, nell'analisi dell'organizzazione complessa e delle sue dinamiche concrete, al fine di accertare (almeno) la complessiva rappresentabilità del fatto da cui dovrebbe scaturire la responsabilità dell'ente.

A nostro avviso, è questa una possibile evoluzione che davvero consente di far acquisire all'illecito del soggetto meta-individuale un'autentica e corretta «personalizzazione».

Naturalmente diventa centrale, da questa visuale, la dimensione dell'accertamento; seguendo un'indicazione, del resto, ormai generalmente assorbita dalla dogmatica penalistica (specie in Italia e in Germania), che guarda a tale dimensione come ad un capitolo della prospettiva ancora strettamente «sostanziale» di analisi dell'elemento soggettivo¹⁶. S'impone, anche per questa indagine, d'individuare principi fermi che possano guidare in modo efficace e compiuto la verifica pratica, tenendo conto di *tutti quegli elementi che indichino una «resistenza» dell'ente all'illecito del singolo, per definire i possibili presupposti dell'innocenza dell'ente medesimo, venendo meno ogni profilo di colpa.*

personale», in *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico, Università degli Studi di Milano, 29-30 de mayo de 2014, A Coruña, 2015, 293 ss.

¹⁶ Resta fondamentale, al proposito, BRICOLA, «Dolus in re ipsa», *Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, *passim*.

¿CULTURA O ESTRUCTURA? ¿ESA ES LA CUESTIÓN? LA DIFÍCIL CONVIVENCIA Y COORDINACIÓN DE LOS DOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

ALFONSO GALÁN MUÑOZ
Profesor titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide

Tuve la fortuna de conocer al profesor Arroyo Zapatero hace muchos años. Andaba yo, por aquel entonces en Friburgo disfrutando, como becario, de la hospitalidad del profesor Tiedemann, gran amigo del aquí homenajeado, lo que me permitió asistir a uno de los seminarios que estaban desarrollándose para dar vida a lo que posteriormente fue el proyecto de *Corpus Iuris*. Descubrí entonces, no ya al profesor Arroyo que tantas veces había leído, sino a Luís, el cercano profesor e inquieto intelectual que siempre estaba ahí para orientar a los jóvenes que empezábamos, para darnos consejos y oportunidades y que, además, siempre lo hacía con su perenne y amable sonrisa. Confieso, como digo, que hace ya muchos años de eso (el tiempo pasa), pero el tiempo, en este caso, solo ha venido a incrementar mi afecto y mi admiración por el universitario y por la persona a quien rendimos este merecido homenaje por su 70 aniversario. Uno de esos maestros de los que nunca hay tiempo suficiente para disfrutar. 70 años, en este caso, no son nada.

I. Antecedentes: La introducción del sistema (¿o sistemas?) de tratamiento penal de la persona jurídica

Es un punto común en la doctrina el afirmar que nuestro sistema penal introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la reforma de efectuada por la LO 5/2010. Generalmente, esta

afirmación se centra en el hecho de que fue dicha Ley Orgánica la que introdujo el complejo y controvertido sistema de responsabilidad penal contenido en el art. 31 bis del Código penal de aquel momento, que permitía aplicar las penas del art. 33.7 CP a algunas de tales entidades ¹.

Aunque esta postura se puede considerar como correcta en general, parece olvidar que la referida ley Orgánica también contemplaba la posible aplicación de las penas previstas por dicho sistema para las personas jurídicas sin tener que cumplir ni responder a los complejos parámetros fundamentadores de su responsabilidad que definía el art. 31 bis CP.

En concreto, lo hacía en el art. 570 quáter del Código penal, referido a las organizaciones y grupos criminales, que la referida reforma escindió del tradicional delito de asociación ilícita para darles un tratamiento separado², estableciendo que «Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 31 bis de este Código».

Lo defectuoso de la redacción inicialmente establecida para este precepto saltaba a la vista. Así, por ejemplo, llamaba la atención que junto a la preceptiva disolución de los grupos u organizaciones definidos en los preceptos que precedían al ahora comentado, éste hablase de la posibilidad de aplicarles las «consecuencias» previstas en el art. 31 bis CP, pese a que este último artículo no establecía consecuencia alguna, sino que tan solo definía cuándo se podía atribuir responsabilidad penal a las entidades dotadas de personalidad jurídica a las que resultase aplicable, algo, por otra parte, que contrastaba notablemente con el hecho evidente de que no todas las organizaciones o grupos de las que hablaba el art. 570 quáter CP tendrían dicha personalidad.

No puede sorprender entonces que ante semejante cúmulo de imprecisiones, errores y despropósitos normativos fuese el propio legislador el que, poco tiempo después, aprovechase la L. O. 3/2011, de 28 de enero, por la que se modificaba la L. O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («BOE» 29 enero), para, como recoge la propia disposición final segunda de dicha norma, corregir «determina-

¹ Pese a ser una postura absolutamente mayoritaria, hay que poner de manifiesto que también hay autores que mantenían que nuestro ordenamiento reconocía la responsabilidad penal de dichas entidades mucho antes de dicha reforma, como, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)» PJ, 1997, pp. 327 y ss.

² FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 103 y ss.

dos artículos y apartados de la Ley Orgánica 10/1995», es decir, del código penal, entre los que se encontraba, precisamente, el referido art. 570 quáter CP que pasó a establecer, hasta el día de hoy, que «Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código».

Cómo se puede comprobar, varias fueron las mejoras introducidas por esta versión del precepto frente a su predecesora. Así, y en primer lugar, se pasó a aludir al artículo donde se contemplan y contienen las penas del sistema de responsabilidad del art. 31 bis CP, esto es, al art. 33.7 CP. También, y por otro lado, se introdujo la referencia expresa a la posible aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, predicables, precisamente y tal y como reconoce este precepto, a las entidades o colectivos que carecen de personalidad jurídica. Pero, además y por otra parte, se extendió de forma expresa la aplicación de lo previsto en este precepto, referido inicialmente a las organizaciones y grupos criminales en general, a los supuestos contemplados en el capítulo siguiente. Es decir, a los relativos a las organizaciones y grupos terroristas, agrupaciones o entidades que sorprendentemente parecían estar, hasta dicho momento, carentes de cualquier normativa específica referida a las consecuencias que habría que aplicarles en caso de que fuesen consideradas como tales.

En cualquier caso, y por lo que a nosotros nos interesa en este lugar, la introducción del comentado precepto, con su redacción corregida, dejó claro que tanto las organizaciones como los grupos criminales o terroristas debían ser disueltos por los jueces tan pronto como fuesen considerados como tales, pudiendo aplicarles, además, a las que tuviesen de personalidad jurídica propia, cualquiera de las penas del artículo 33.7 y, a las que no la tuviesen, las consecuencias de las que habla el 129 del Código penal.

Ello suponía una clara excepción al régimen de responsabilidad previsto por el art. 31 bis CP en relación a las primeras. Aquí, ni se exigía, para poder aplicarles dichas penas, que los dirigentes o subordinados de la organización criminal, dotada de personalidad jurídica, hubiesen debido llegar a cometer algún delito con los requisitos definidos en el art. 31 bis CP, ni se sometía la elección y duración de las penas que el juez les podría aplicar a las severas restricciones establecidas en el art. 66 bis CP. De hecho, se decretaba la obligatoria imposición de la disolución, como consecuencia directa y automáticamente aplicable a

todas ellas³, sin necesidad de que se diesen ninguna de las condiciones que el segundo apartado de este último precepto establecía para poder aplicarle dicha pena. Esto es, sin necesidad de que la entidad en cuestión fuese multirreincidente o pudiese ser considerada como instrumental.

Podría pensarse, entonces, que el sistema de responsabilidad y sanciones penales, establecido desde 2010 para las personas jurídicas, no era en realidad un sistema, sino dos. Uno, el general y más complejo, previsto en el art. 31 bis CP. Otro, el más olvidado, menos desarrollado, pero mucho más represivo, que contempla el art. 570 quáter CP, aplicable tan solo a aquellas personas jurídicas que fuesen consideradas como organizaciones o grupos criminales.

Ambos sistemas, en cualquier caso, han ido sufriendo algunas modificaciones durante estos años que deben ser muy tenidas en cuenta.

Así, y por lo que se refiere al sistema del art 31 bis CP, resulta imposible obviar la referencia a la importante modificación y perfeccionamiento que realizó sobre el mismo la reforma efectuada por la LO 1/2015. Fueron varios e importantes los cambios introducidos por dicha reforma, aunque hubo uno que consiguió eclipsar a todos los demás⁴. El derivado de la expresa alusión a la implantación efectiva de un programa preventivo adecuado (un *compliance*), como requisito necesario para mantener exentas de cualquier posible responsabilidad penal a las entidades por los delitos que cometiesen sus dirigentes o subordinados o como fundamento de la atenuación de su responsabilidad si se constatare que el programa implantado no era plenamente adecuado⁵.

Por su parte, también el sistema previsto para las organizaciones y grupos criminales ha seguido su propia evolución. Así, tras la «corrección» realizada por la ya citada LO 3/2011 sobre el art. 570 quáter CP, la posterior LO 1/2015 cambió la definición general de los grupos y de las organizaciones criminales a los que dicho sistema se aplicaría. En concreto, esta reforma ha determinado que el art. 570 bis CP haya pasado a definir, hasta el día de hoy, a las organizaciones criminales como

³ Así lo indica, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., quien curiosamente señala que la disolución prevista con respecto al delito de asociación ilícita prevista en el art. 520 CP actúa. En dicho caso, como una pena accesoria a la impuesta a la persona física «Las penas», en *Memento Experto en responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, ed. Lefebvre-El Derecho, 2015, § 879.

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español*, Ed. Thomson Reuters, 2016, p. 12.

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos», en *Tratado sobre compliance Penal Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317 y ss.

«... la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos»; mientras que el art. 570 ter CP ha hecho lo propio con los grupos, señalando que se tendrá por tales «... la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». Con ello, desaparecía toda referencia a la posibilidad de que se pudiese tener por tales las que estuviesen destinadas a la comisión «reiterada de faltas», algo plenamente coherente con la desaparición de éstas de nuestro ordenamiento, pero que, además y a nuestro modo de ver, tuvo un importante efecto en su delimitación. En concreto, el de cerrar la posibilidad de considerar como tal clase de organizaciones a aquellas agrupaciones concertadas de individuos que estuviesen destinadas a cometer un único delito y no una pluralidad indefinida de ellos⁶. Esta postura, a nuestro entender, ha de ser completamente desechada, no solo porque las reformadas definiciones legales de ambas agrupaciones solo hablen ya de la pretensión de cometer «delitos» en plural, sin contraponerla con la de reiterar faltas como hacía antes, sino también porque admitirla haría indistinguible el fenómeno criminal que castigan dichas figuras de algunas formas de codelinquencia tradicional (p. ej. la que se daría con tres personas puesta de acuerdo para cometer un hurto), extendiéndoles así su excepcionalmente ampliado y severo tratamiento penal, lo que, evidentemente, no respondería a la verdadera peligrosidad de dichas actuaciones y sería absolutamente desproporcionado.

⁶ En efecto, la alusión a la finalidad de realizar faltas de forma reiterada en la definición inicial de estas organizaciones y la no alusión a la necesidad de dicha reiteración en los «delitos», llevó a que un importante sector de la doctrina entendiéndose que podría considerarse como tales organizaciones las dirigidas a cometer un único delito, lo que daba lugar a enormes y clase irresolubles problemas de delimitación entre estas formas de criminalidad y la codelinquencia general, con la que se trataban de delimitar, atendiendo a lo establecido en el Convenio de Palermo, al hecho de que dichas organizaciones no se hubiesen constituido «fortuitamente» y para comisión inmediata de un delito», lo que, además de dar lugar a múltiples problemas aplicativos, de facto reducía enormemente el ámbito tradicionalmente asignado a la codelinquencia, en favor del que sería propio de la criminalidad organizada. Sobre esta delimitación y sus problemas, véase, por ejemplo, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), pp. 527 y ss. Continúa manteniendo la posibilidad de la apreciación de organizaciones designadas a cometer un único delito tras la reforma, por ejemplo, MUÑOZ RUIZ, J., «Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal», *RECPC* 22-08(2020), p. 26.

Otra modificación ciertamente relevante, pero que ha pasado bastante desapercibida, se ha derivado de la todavía cercana reforma realizada por la LO 1/2019. Fue esta reforma la que introdujo el vigente art. 580 bis CP que ha extendido la posible aplicación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 31 bis CP, previsto anteriormente de forma exclusiva para el delito de financiación del terrorismo, a todos los delitos terroristas de los artículos 573 y siguientes de nuestro Código. Desde un asesinato terrorista, hasta unas simples falsedades documentales de dicha naturaleza o un acto de colaboración o enaltecimiento terrorista.

Este cambio ha llevado a que los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas sean predicables respecto al fenómeno terrorista, precisamente cuando éste, tras la reforma realizada sobre el mismo, por la LO 2/2015, ha dejado de ser necesariamente un ejemplo de criminalidad organizada, al desprenderse de la tradicional exigencia de su elemento estructural para poder ser apreciado⁷. Pero también, y por lo que ahora nos ocupa, ha venido a poner de manifiesto lo importante que resulta concretar y distinguir qué es lo que cada uno de dichos sistemas castiga, ya que, solo si se encuentra lo que los diferencia y fundamenta el diverso tratamiento penal que dan a las entidades a las que se aplican, se podrán distinguir cuáles habrán de ser tratadas conforme a lo establecido en uno o por el otro.

Ahora bien, curiosamente, si echamos la vista atrás y miramos los fundamentos que la doctrina ha ido proponiendo como factores sustentadores del necesario tratamiento penal de ambas clases de corporaciones, rápidamente observaremos que ambos tienen unas raíces y unos referentes que presentan notables semejanzas. Veamos dichos referentes de forma somera.

II. Cultura y estructura. ¿Referentes comunes de los sistemas penales aplicables a las personas jurídicas?

Si se analizan los diferentes argumentos que se dieron en su momento a la hora de fundamentar la represión anticipada y especialmen-

⁷ Así lo señalaban, por ejemplo, CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: L. O. 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 14, o GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015», *RDPC*, n. 15, 2016, p. 105, entre otros.

te intensa que los ordenamientos penales prevén para la criminalidad organizada, sobretodo, una vez que se superó su configuración inicial específicamente destinada y limitada a luchar contra la gran criminalidad que presentaba las grandes organizaciones mafiosas o los cárteles de la droga, cuya actividad podía llegar a poner en cuestión el correcto funcionamiento del Estado⁸, rápidamente nos percataremos de que tan represivo tratamiento se ha intentado fundamentar, primordialmente, atendiendo a dos razones.

La primera, aquella que atiende al hecho de que dichas organizaciones se caracterizan por tener una estructura que favorecería enormemente la posible comisión de delitos, haciendo incluso que éstos puedan llegar a ser de mayor magnitud.

Se afirmaba, en tal sentido, que lo que hacía que el Derecho penal debiese sancionar severa y anticipadamente a los integrantes y colaboradores de las organizaciones y grupos criminales y hubiese de determinar la desaparición de las entidades en que éstas se articularan, era que tales agrupaciones eran especialmente peligrosas por estar dotadas de una estructura que, además de permitir que se concentren y organicen aportaciones personales y materiales que facilitan la comisión de tales hechos⁹, dando lugar a peligros incluso mayores que los que la mera unión de dichas aportaciones representaría por sí misma¹⁰, también hará factible que las concretas contribuciones genéricamente realizadas por algunos de sus integrantes o colaboradores pudiesen llegar a aquellos otros que las necesitan para cometer cada concreto delito en el momento justo en que las requiriesen para llevarlos a cabo¹¹.

Mientras tanto y por otra parte, además de dicho factor estructural, también se señaló que las organizaciones criminales dan lugar a grupos

⁸ Sobre la evolución que ha sufrido la definición legal de las organizaciones criminales desde su aparición en la célebre Ley RICO, hasta la actualidad, como consecuencia, entre otras cosas, de la evolución normativa internacional referida a dicha materia, véase, por ejemplo, GALÁN MUÑOZ, A. «La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales», en «*Passado, presente e futuro do ministério público brasileiro: livro comemorativo dos 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão-AMPEM*» (en prensa).

⁹ CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en *Delitos de organización*. Ed. B de F, 2008, p. 35, o SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La “intervención a través de organización”, ¿una forma de participación en el delito?», en *Delitos de organización*. Ed. B de F, 2008, p. 113.

¹⁰ LAMPE, J. «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en ZStW 106, 1994 pp. 683 y ss.

¹¹ En tal sentido, señalaba Silva Sánchez, J. M., que serían agrupaciones que cumplirían «... una doble función de garantía (delictiva): Por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto», «La «intervención a través de organización», cit. ant. p. 108.

humanos cohesionados, donde rigen unas reglas y valores propios y distintos a los imperantes en el resto de la sociedad. Esto es, verdaderas subculturas que no solo pueden reducir o neutralizar las barreras inhibitorias generales relativas a la posible comisión de delitos de los individuos que las integran, auspiciando que los lleven a cabo¹², como sucederá, por ejemplo, cuando generen una sensación de previsible impunidad en los mismos¹³, sino que incluso son capaces de llegar a limitar la capacidad de decisión de sus integrantes a la hora de optar por realizarlos o no¹⁴, como ocurrirá, por poner algunos casos, con los «códigos de honor» o la «omertá» de la mafia y organizaciones semejantes.

Parece, por tanto, que la posible existencia de ambos factores (el estructural y el cultural) de las organizaciones y grupos criminales sería la que justificaría y determinaría que el Derecho penal les tuviese que dar cumplida respuesta.

Mientras tanto, si miramos los fundamentos que se han venido utilizando para justificar la necesidad de reprimir penalmente a las personas jurídicas que no puedan ser consideradas como tal clase de organizaciones o grupos (p. ej. las empresas), también nos encontraremos con que dichos motivos han sido primordialmente de las mismas naturalezas.

Así, en los debates iniciales sobre la viabilidad y/o necesidad de reprimir penalmente dichas entidades, se afirmó que su sanción penal se justificaba y se hacía necesaria, en primer lugar, por el hecho de que eran precisamente las entidades que aglutinaban y organizaban los recursos personales y materiales que se requieren para generar los grandes riesgos (p. ej. nucleares, genéticos, etc.) que el Moderno Derecho penal debía controlar. Esto es, se afirmaba que era necesario controlar penalmente a dichas entidades porque sus estructuras representaban una fuente de enormes peligros frente a los que el moderno Derecho penal no podía permanecer impasible¹⁵. Es más, y en esa misma línea,

¹² CANCIO MELIÁ, M. *Op. cit. ant.* p. 37.

¹³ En esta línea, señala FARALDO CABANA, P., que no es infrecuente que las organizaciones criminales generen problemas difícilmente resolubles de investigación y prueba con respecto a los concretos delitos cometidos por sus integrantes y colaboradores, quienes, por ejemplo, en muchas ocasiones ni siquiera habrían tenido conexión o contacto previo alguno con sus víctimas, lo que sin duda dificultará su identificación y castigo. La organización les dará entonces una cobertura a tales individuos que puede llevarles a tener una incluso razonablemente fundada expectativa de impunidad que, sin duda, debilitará el efecto preventivo del Derecho penal, *Asociaciones ilícitas...*, cit. ant. p. 2012 p. 72.

¹⁴ De «dominados» habla Silva Sánchez, J. M., al aludir a los integrantes activos de estas agrupaciones, en «Introducción», en *Delitos de organización*. Ed. B de F, 2008, p. 11.

¹⁵ Véase, en estén sentido, HEINE, G., «Modelos de autorresponsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi, 2006, p. 30; o ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La cuestión de la responsa-

se afirmaba que las complejas estructuras y la división funcional del trabajo que caracterizaban a muchas de esas personas jurídicas podían permitir que se diese en su seno un *management* defectuoso colectivo que generase dichos grandes riesgos, provocando incluso enormes daños, sin que se pudiese encontrar una persona física concreta en su estructura que reuniese todos los requisitos objetivos y subjetivos que requiere la teoría general del delito desarrollada para individuos para poder responsabilizarla por su generación. Esto podría permitir que dichas entidades pudiesen funcionar, *de facto*, como verdaderas «estructuras organizadas de irresponsabilidad penal» individual, donde el Derecho penal no tendría eficacia preventiva alguna, algo que debía evitarse, a cualquier costo y, en consecuencia, obligaba a dicha rama del Derecho a crear un sistema específico de responsabilidad penal para tales entidades, distinto del individual y que respondiese a este tipo de peculiaridades¹⁶.

Mientras tanto, también se destacaba que las empresas, pese a que no estén destinadas a cometer delitos, pueden dar lugar a subculturas en su seno que podrían neutralizar la función general motivadora de las normas penales, actuando, entonces como verdaderos «paraguas impermeabilizadores» con respecto a la función motivadora de la norma penal¹⁷. Así sucedería, por ejemplo, cuando incentiven o incluso primen la cultura de la ganancia a cualquier costo entre sus empleados¹⁸ o cuando se les pongan unos objetivos tan altos que hagan que éstos puedan decidirse a asumir riesgos incluso delictivos para alcanzarlos¹⁹. Es evidente que en ninguno de los dos casos se podrá hablar de la existencia de una organización destinada a cometer delitos. Sin embargo, también lo es que la implantación de dichas subculturas en tales entidades pueden ser perfectamente eficaces para determinar que finalmente se lleve a cabo alguno.

Como se puede deducir de lo brevemente expuesto, la necesidad de dotar de tratamiento penal tanto a las organizaciones y grupos criminales, como a las personas jurídicas que no lo son se han sustentado en

bilidad de las personas jurídicas, un punto y seguido», en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 267 y ss., o la misma autora en *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2009, pp. 77 y ss.

¹⁶ SCHÜNEMANN, B., «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. Ed. BOE, 1995. p. 573.

¹⁷ SCHÜNEMANN, B., *op. cit.* ant. p. 580.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ CIGÜELA SOLA, J., «Compliance más allá de la ciencia penal», *Indret*, núm. 4, 2019, p. 21, disponible en <https://indret.com/> (últ. vis. 12-1-2021).

factores estructurales y culturales que se entendían las convertían en fuentes de riesgos que debían ser objeto de control penal. Unos factores que, sin embargo, presentan notables y evidentes diferencias cuando se refieren a unas y otras, lo que podría llevarnos a pensar que habría quedado reflejado, no solo en el diferente tratamiento que nuestro ordenamiento penal les da, sino también en la delimitación legal que hace de las que habrían de ser tratadas como lo uno o como lo otro. Para comprobarlo se hace absolutamente necesario atender a lo que nuestro Código establece con respecto a ambas clases de personas jurídicas, tarea de la que nos pasamos inmediatamente a ocupar.

III. ¿Distintos fundamentos y, por ello, distintos tratamientos y consecuencias penales? A la búsqueda de los referentes diferenciadores de los sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en España

Como hemos visto, en nuestro ordenamiento existen dos sistemas claramente diferenciados a la hora de tratar penalmente a las personas jurídicas. El primero, mucho más severo, el previsto en los art. 570 quáter CP para las organizaciones y grupos criminales, incluidos los terroristas, que obliga a disolverlas tan pronto sean consideradas como tales. El segundo, más magnánimo, el que les otorga el art. 31 bis CP, que solo permite castigarlas con la pena de disolución de forma absolutamente excepcional y partiendo de que se hubiese efectuado por parte de sus dirigentes y subordinados uno de los delitos de lo que la entidad podría responder, sin que ésta contase con un programa preventivo adecuado para, cuanto menos, reducir significativamente el riesgo de su posible realización (un *Compliance*).

Esto último, a nuestro juicio y como tuvimos ocasión de poner de manifiesto con mucha mayor extensión en otro lugar²⁰, lleva a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en el art. 31 bis CP se venga a sustentar sobre un doble referente, sin cuya concurrencia acumulada no se las podrá responsabilizar ni sancionar penalmente. Por un lado, estará el delito cometido por alguno o algunos de sus superiores o subordinados, actuando en el ámbito de actividad de la persona jurídica y en su beneficio. Pero, por otro y necesariamente, su responsabili-

²⁰ GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 211 y ss.

dad exigiría de la inexistencia o inadecuación del programa preventivo implantado en las mismas.

Frente a ello, y como acabamos de ver, el sistema contemplado en el art. 570 quáter CP ni exige que los dirigentes o subordinados de la entidad cometan alguno de los delitos que pretendiesen realizar, ni alude para nada a la ausencia o a la presencia de un *compliance* adecuado en su seno para aplicarle las severas consecuencias que prevé, incluida la automática y obligatoria disolución.

Veamos, entonces, si esta obvia diferencia nos permite encontrar el concreto elemento diferenciador de ambas clases de personas jurídicas y nos sirve, por tanto, para determinar cuáles habrán de ser tratadas por uno u otro sistema.

1. *El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica del art. 31 bis CP*

Una vez que se rechazan los planteamientos sostenidos por quienes consideran que el art. 31 bis CP establece un sistema de responsabilidad por hecho ajeno que responsabiliza a las personas jurídicas por los delitos cometidos por determinados individuos conectados con ellas, lo que sería, a nuestro juicio y al del propio Tribunal Supremo, contrario al principio de culpabilidad²¹, se hace necesario determinar qué papel jugará su adecuado o inadecuado programa preventivo en el fundamento de su posible responsabilidad. Mucho ha discutido y continúa discutiendo la doctrina sobre el papel que los denominados «Compliance programs» están llamados a jugar en el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo, y pese a los muchos y variados matices y diferencias, parece que podríamos agrupar casi todas las propuestas mantenidas hasta la fecha sobre dicho tema en dos grandes tendencias. Por una parte, estarían las que consideran que el sistema de *compliance* lo que viene es a establecer un nivel de exigencia preventiva para las personas jurídicas que trata de impedir que su estructura o funcionamiento puedan dar lugar a riesgos no adecuadamente controlados que terminen materializándose en una aportación facilitadora, pero evitable, de la realización de delitos cometidos por las personas físicas que actúasen dentro de su

²¹ Véase, en tal sentido, por ejemplo, lo sostenido por nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en su STS 154/206, de 26 de febrero.

ámbito de control y en su beneficio²². Por otra, estarían aquellas que consideran que lo que el *compliance* pretende y debe conseguir, para dejar exenta de responsabilidad a las personas jurídicas por dichos delitos, es prevenir que se puedan dar dentro de ellas culturas criminógenas que estimulen la comisión de delitos, por lo que las exime de responsabilidad, respecto de los que puedan cometer sus dirigentes o subordinados, si implantan programas que fomenten en su seno una cultura de respeto y cumplimiento normativo y con ello prevengan la posible aparición de tales culturas criminógenas²³.

Se contraponían así, curiosamente, los dos referentes que, como vimos, se propusieron para justificar el reconocimiento de la posible responsabilidad de tales entidades. Mientras unos fundamentaban su responsabilidad, primordialmente, en su estructura y funcionamiento como factores generadores de riesgos delictivos, otros trataban de hacerlo sobre la base de la existencia o la no adecuada prevención de la posible aparición en la entidad de culturas corporativas que puedan fomentar o apoyar la realización de delitos.

Esta polémica ha tenido incluso eco en alguna ya celebre y controvertida sentencia de nuestro Tribunal Supremo (la STS 154/2016) referida a un supuesto de tráfico de drogas internacional en el que estaban implicadas varias empresas dotadas de personalidades jurídicas diferenciadas, incluida una carente de cualquier clase de actividad real. Fue, precisamente, en dicha sentencia donde se dictaminó, de forma mayoritaria, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en el art. 31 bis CP debería sustentarse en el hecho de que se diese en las mismas una «ausencia de una cultura de cumplimiento normativo». Pero también fue en dicha resolución donde un número significativo de los miembros de la sala que la pronunció (de 7 de los 15 magistrados, lo que es muestra de la división existente en el tribunal) emitió un duro voto particular contra la decisión mayoritaria, criticándola, entre otras cosas, por entender que el concepto referido a la cultura de cumplimiento normativo del que hablaba era «evanescente», difuso y

²² Entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites...*, cit. ant. p. 287.

²³ Respecto a estas propuestas claramente influenciadas por el desarrollo normativo estadounidense sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, véase, por ejemplo, lo comentado, incluso antes de la introducción del sistema creado por la LO 5/2010 en nuestro Código penal, por ejemplo, por NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Ed. Justel, 2008, pp. 145 y ss., o GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, p. 312, propuesta que este mismo autor desarrolló y acomodó a la última reforma en nuestro ordenamiento, en «La culpabilidad de la persona jurídica», en *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters, 2016, pp. 165 y ss.

poco concreto, y, además, no aparecía contemplado ni era exigido en ninguno de los preceptos delimitadores de su responsabilidad.

No les faltaba razón a los firmantes del voto cuando señalaron esto último. Si atendemos a lo que el art. 31 bis 5 CP exige que tenga el *compliance* de una entidad para mantenerla exenta de cualquier responsabilidad a por los delitos cometidos por las personas y con las características de las que habla el primer apartado de dicho precepto, nos daremos rápidamente cuenta de que dicho precepto alude, por ejemplo, al establecimiento de medidas preventivas relativas al control de riesgos de producción de dichos delitos que se hubiesen detectado en el mapa de previsión de riesgos de la entidad sin hacer referencia, en ningún momento, ni limitar los riesgos a controlar a los de naturaleza cultural.

Tal vez por ello, los defensores de la fundamentación cultural de la responsabilidad penal del sistema analizado se hayan decantado por convertir dicho elemento o referente no en el único eje de su responsabilidad, sino en uno que habrá necesariamente que añadir al de su defectuoso control objetivo de riesgos para poder sancionarlas penalmente.

Así, por ejemplo, algunos han entendido que, por más que se dé un delito en la entidad en cuestión y se constate que existen defectos preventivos en su seno, solo se la podrá sancionar por el delito producido si se da una cultura criminógena dentro de ella o se prueba, por lo menos, que no había implantado una de respeto a la norma, como debería haber hecho, para evitar su aparición, ya que solo entonces se podría considerar culpable a la persona jurídica, como ente colectivo, por la aportación realizada a dicho delito como consecuencia del defecto preventivo en cuestión²⁴. Mientras tanto, otros han considerado que, en realidad, solo se les podría atribuir responsabilidad, junto a sus integrantes o colaboradores individuales, por el delito cometido por éstos, en la medida en que el defecto preventivo existente y que se hubiese materializado en el delito, pudiese calificarse como «estructural», lo que entienden solo se dará cuando dicho defecto tenga origen colectivo y desindividualizado y resulte incompatible con el desarrollo de una «... política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal»²⁵.

Como se puede comprobar, ambas propuestas tienden ya a dar un fundamento mixto, y no exclusivamente cultural, al sistema de responsabilidad del art. 31 bis CP, aunque lo hacen de forma diferente. Mien-

²⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «La culpabilidad de la persona jurídica» cit. ant. pp. 165 y ss.

²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* ant. p. 68.

tras la primera introduce dicho referente como delimitador de la culpabilidad de la entidad, la segunda lo emplea a la hora de definir y restringir los defectos preventivos que podrían determinar su responsabilización como colectivo desindividualizado.

Sin embargo, pese a esas diferencias, las dos propuestas se enfrentan, a nuestro modo de ver, a varios problemas semejantes.

El primero se deriva precisamente del hecho de que ambas exigen que la responsabilidad de las entidades se tenga que sustentar en aspectos culturales que obligan a valorar factores o comportamientos más amplios a aquellos que específicamente dieron lugar a la aportación delictiva que permitiría responsabilizarlas por un delito que, en realidad, habrá sido cometido y dominado por un tercero.

En concreto, para poder castigarlas por dicho delito, exigen que se realice una (des-) valoración global de la conducta preventiva generalmente efectuada en su seno y no solo a la concretamente realizada con respecto al que se materializó en dicho delito, lo que, como bien señala Ortiz de Urbina supone establecer *de facto* una suerte de exención paralegal por la «conducción de vida» para dichas entidades que, de ser predicada con respecto a los individuos llevaría a que estos quedasen exentos de cualquier posible responsabilidad penal por las concretas conductas o aportaciones delictivas que realizasen mientras se pudiese constatar que la mayor parte de su actividad había sido lícita, algo que, evidentemente, no resulta sostenible respecto a los individuos, pero que tampoco se entiende por qué razón habría de serlo cuando se habla de entes colectivos²⁶.

Ahora bien, no es éste el único problema al que se enfrentan las comentadas propuestas.

En realidad, y si prestamos un poco de atención a lo establecido en nuestro ordenamiento, rápidamente nos daremos cuenta que su pretensión de restringir la responsabilidad penal de las entidades a aquellos casos en los que no haya una cultura general de cumplimiento normativo no solo no está contemplada en ningún lugar del Código penal, con lo que resulta «paralegal». Es que, de hecho, se contradice abiertamente muchas de las disposiciones del sistema que los art. 31 bis y siguientes de nuestro Código penal establecen para tales entidades, con lo que pasará a convertirse en ilegal. Así, y a nuestro juicio, se contradice con el hecho de que el propio art. 31 bis CP abra expresamente las

²⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de «cultura de cumplimiento», en *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, pp. 369 y ss.

puertas a la posible responsabilidad penal de dichas entidades por infracciones preventivas que, en muchos casos, tendrán carácter puramente puntual e individual (p. ej. del *compliance officer*) y que, además, podrían haber sido realizadas al comienzo de la actividad de la empresa (p. ej. la de los administradores iniciales que no implantasen el *compliance*), posibilidades ambas que, evidentemente, se compaginan mal con el hecho de que se exija, para poder sancionarlas, que exista en su seno una cultura corporativa defectuosa, previa y general²⁷. Pero, además y por otra parte, dicha propuesta también resulta difícilmente compatible con que el comentado sistema solo permita atenuar y no niegue la responsabilidad de la entidad tanto cuando exista en su seno un verdadero *Compliance* que no cumpla con todos los parámetros exigidos en el art. 31 bis 5 CP (art. 31 bis. 2 y 4 CP), como cuando, una vez cometido el delito y responsabilizada la entidad por ello, ésta implante un *compliance* adecuado (art. 31 quáter CP); circunstancias ambas que, atendiendo a los parámetros defendidos por los comentados autores, deberían haber llevado a que dichas entidades no pudiesen recibir ninguna responsabilidad por el delito cometido, bien por haberse demostrado que el defecto preventivo que había favorecido la realización del delito producido se había demostrado, en realidad, como no «estructural», bien porque ya no se las podría considerar como culpables del mismo, por ser «ciudadanos generalmente fieles al Derecho».

Todo ello sería ya suficiente para poder rechazar los sostenido por las referidas propuestas. Pero es que todavía se enfrentan a otro problema. Al que, como ya apuntaron los magistrados que respaldaron el voto particular de la comentada STS 154/2016, plantea la concreta y segura delimitación de las «evanescentes» culturas que supuestamente se requerirán para eximir o para atribuir responsabilidad a dichas entidades. ¿Cómo se definen dichas culturas? ¿Cuándo se podrá afirmar su existencia en una persona jurídica y cuándo se negará?

Para responder a dichas cuestiones quienes mantienen que la existencia de dichas culturas en una persona jurídica excluye su culpabilidad han sostenido que se podría atender al cumplimiento o no, por su parte, de los requisitos preventivos de los que habla, por ejemplo, el estándar español UNE 19601²⁸; mientras que quienes proponen em-

²⁷ GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites...*, cit. ant. pp. 195 y ss.

²⁸ Así lo hace en concreto, GÓMEZ-JARA Díez, C., quien considera que dicho referente es más adecuado, pro ejemplo, que el internacional ISO 19600, por establecer un estándar de requisitos y no uno de meras directrices como hacía este estándar internacional, en «Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de

plearla para limitar sus defectos preventivos penalmente relevantes a los «estructurales» parecen considerar que existirá tal cultura siempre que existan medidas preventivas mínimas en la entidad o, por lo menos, no sea imposible que se puedan implantar. Ello, como acertadamente señala Cigüela Sola, en realidad, no solo no aclara lo que deba tenerse por tales culturas, sino que, de hecho, difumina y unifica el supuesto aspecto cultural fundamentador de la responsabilidad de las personas jurídicas con su defectuosa actuación estructural, ya que básicamente lo que nos dice es que habrá cultura corporativa adecuada si se implantan las medidas preventivas objetivamente exigidas, aunque sea de forma puramente genérica y mínima, y no la habrá si no se han implantado o, lo que es incluso peor, ni se prevé (no sabemos muy bien cómo) que se puedan implantar²⁹.

Mucho más productivo para delimitarlas y ajustado a su pretendida naturaleza «cultural» podría ser, entonces, como propone este último autor, acudir a la sociología de la organización para concretar aquellos sesgos, tanto cognitivos, como volitivos, existentes en dichas entidades y procedentes de ellas y no de un concreto sujeto o de la sociedad en general, que podrían auspiciar la comisión de delitos de los que, precisamente por ello, se las podría responsabilizar. Sin embargo, si lo hacemos y concretamos dichos sesgos (p. ej. aceleración en decisiones, obediencia a la autoridad, competitividad, distanciamiento personal de los efectos de los propios actos, identificación con la entidad, etc...), pronto nos daremos cuenta, como hace el referido autor, de que los mismos son, en la mayor parte de los casos, precisamente los que convierten a las personas jurídicas en entes funcionales económicamente, con lo que difícilmente el Derecho penal podrá desvalorar de forma general su existencia, ni podrá exigir, por tanto, a las entidades que eviten su aparición³⁰.

Lo que sí que podrá hacer el Derecho penal, como el propio autor parece reconocer, es exigir que tales sesgos se controlen para mantener los riesgos criminógenos a que den lugar dentro del ámbito de lo permitido³¹, algo perfectamente compatible con lo que el art. 31 bis CP establece al hablar del *Compliance*, pero que, en modo alguno, supone que dicha responsabilidad no pueda derivarse exclusivamente de la existencia y el

Compliance», en *Tratado sobre compliance Penal Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 313.

²⁹ CIGÜELA SOLA, J., *op. cit.* ant. p. 16.

³⁰ CIGÜELA SOLA, J., *op. cit.* ant. p. 26.

³¹ *Ibidem*.

deficiente control de otros riesgos de procedencia puramente sistémica o funcional, que terminasen por favorecer la comisión de algún delito.

Habría que entender, por tanto, que convertir al defectuoso control de los riesgos culturales en fundamento necesario, aunque no único, de la responsabilidad que atribuye el art. 31 bis CP, bien por considerarlo imprescindible para apreciar su culpabilidad, bien para delimitar los defectos que podrían dar lugar a su sanción, es más el *desideratum* restrictivo de algunos que una realidad o necesidad normativa. Un *desideratum* cuya acogida en nuestro Código sería, a buen seguro, muy bien recibida por todos aquellos que las hayan de defender, ya que, restringiría enormemente el grupo de conductas preventivas defectuosas que podrían dar lugar a su responsabilidad, haciendo realmente difícil que se las pudiese llegar a castigar. Aunque, eso sí, lo haría privando al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas de toda o de la mayor parte de su posible efectividad preventiva, ya que al exonerar a estas entidades de cualquier responsabilidad tan pronto se comprobase que habían mostrado una preocupación «estándar» o incluso «mínima» por tratar que el discurrir general de la empresa se mantuviese dentro de la legalidad³², las incitaría a adoptar las medidas preventivas de carácter general, y en ocasiones puramente «cosméticas» que les permitiesen mantenerse exentas y no a esforzarse en buscar y aplicar las que realmente podrían haber establecido, atendiendo a sus particulares características, para reducir real y significativamente los riesgos delictivos que su actividad vendría a generar.

Mucho más correcto resulta, por tanto y a nuestro modo de ver, entender que el sistema del art. 31 bis CP fundamentará y atribuirá responsabilidad penal a las personas jurídicas, a las que se aplique, atendiendo al hecho de que no hubiesen controlado adecuadamente los riesgos de todo tipo (estructurales, funcionales o incluso culturales) que de forma previsible podrían favorecer la comisión de delitos y que la entidad, como colectivo, tenía obligación de prevenir, dando así lugar, al no hacerlo, a la aparición de un riesgo no permitido que las haría penalmente responsables del delito en cuestión si dicho riesgo, finalmente, se hubiese llegado a materializar en el favorecimiento de su efectiva realización³³. No hará falta, por tanto, que el riesgo defectuosamente controlado tenga que ser necesariamente de naturaleza cultu-

³² De sancionar solo a las personas jurídicas sin una «... cultura mínima de cumplimiento» hablaba, por ejemplo, FEJOO SÁNCHEZ, B. «Replica a Javier Cigüela», en *Indret*, núm. 1 2, 2016, p. 6. (últ. vis. 11-7-2018).

³³ Así lo mantuvimos ya, de forma mucho más detallada y argumentada, en GALÁN MUÑOZ, A., *op. Fundamentos y límites...* cit. ant. pp. 212 y ss.

ral, para generar su responsabilidad. De hecho, generalmente, serán los riesgos estructurales y funcionales (p. ej. los que se derivarían de su concreto sistema contabilidad o el derivado de la realización de procesos químicos peligrosos en su actividad) y no tanto los de naturaleza cultural, los que, al ser más fácilmente detectables y controlables por las entidades, más frecuentemente, permitirán que se las pueda llegar a responsabilizar y sancionar penalmente por la producción de los delitos que tenían obligación de evitar.

Así pues, la responsabilidad de las personas jurídicas contemplada en el art. 31 bis CP se derivará de su incorrecta gestión y control de los riesgos delictivos, culturales o no, que se generen desde su seno, aunque, evidentemente, también requerirá que el riesgo no permitido derivado de su incorrecta gestión llegue a materializarse en un delito, para convertirlas en responsables accesorias de su realización, algo esto último que, a nuestro juicio, resulta esencial para que se haya de castigar a la entidad y a de uno a varios de sus concretos integrantes por su realización³⁴. Muy diferente será, sin embargo, lo que determine que se les pueda aplicar el otro sistema de tratamiento penal de las personas jurídicas. El contemplado en el art. 570 quáter CP con respecto a las organizaciones y grupos criminales del que nos pasamos a ocupar.

2. *El sistema previsto para las personas jurídicas que sean o integren una organización o grupo criminal*

Como señalamos anteriormente, para que se puedan aplicar las muy severas consecuencias que el art. 570 quáter CP prevé para las

³⁴ En concreto, la responsabilidad de las personas jurídicas se derivará de la defectuosa gestión de los riesgos delictivos, culturales o no, que se de en la entidad, aunque también requerirá que el riesgo no permitido derivado de dicha inadecuada gestión termine materializándose en una contribución efectiva al delito por el que se la responsabilizará, algo que solo podrá darse si quienes actúan o habían actuado en su seno (los administradores presentes y pasados o *compliance officer*, los socios que invierten en la entidad, etc...), aunque no hubiesen generado el riesgo en cuestión, tampoco hubiesen actuado adecuadamente para neutralizarlo, no apoyar su mantenimiento o impedir que finalmente llegase a favorecer la comisión de delitos, como les correspondía. Esto resulta fundamental, a nuestro entender, para justificar que se convierta a las personas jurídicas en la institución a la que se podrá responsabilizar por su generación. Se hace porque, dado que la aportación delictiva ocasionada nunca se habría llegado a producir de no haber interactuado inadecuadamente el cambiante colectivo que conforma y/o conformó la persona jurídica desde la que se generó durante el tiempo, no se puede responsabilizar simplemente a uno o a varios de sus integrantes, presentes o pasados, por su generación, lo que ha llevado al legislador a tener que considerar responsable de la misma a aquella entidad que los representó a todos durante el tiempo y, además, había dotado de unidad y continuidad a las interacciones colectivas que finalmente la ocasionaron. GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites...*, cit. ant. pp. 234 y ss.

personas jurídicas, incluida la de su automática disolución, solo hará falta que éstas puedan ser calificadas como lo uno o lo otro. Esto es, como organizaciones o como grupo criminales. Ello, atendiendo a lo establecido en los anteriormente citados art. 570 bis y ter CP, no supone que las entidades en cuestión tengan que tener un tamaño notable (basta con que haya una mínima distribución de tareas entre sus miembros para ser organización y ni eso para considerarla grupo criminal). Menos necesario aún será que exista en su seno una cultura criminógena que fomente o favorezca la realización de delitos, algo que, evidentemente, puede darse en las que formen parte de grandes organizaciones criminales, como la mafia, o terroristas, pero que en modo alguno es requisito normativo imprescindible para poder considerar a estas organizaciones como criminales, ni se da, de hecho, en muchas de las que habrán de ser castigadas como tales. Piénsese, por ejemplo, en la conformada por tres personas ya determinadas a cometer delitos contra la propiedad intelectual de forma continuada y estable donde se repartan funciones a tales efectos, organización en la que hablar de la existencia de subculturas criminógenas de carácter colectivo que motiven a sus miembros a cometer delitos es simplemente una ficción, sin que ello, evidentemente, determine que no se la pueda y deba tratar y castigar como la organización criminal que será.

En realidad, lo que se necesitaría para considerar que estamos ante una organización o un grupo criminal es tan solo que tres o más personas se pongan de acuerdo entre sí y lo hagan, y esto es el aspecto fundamental, a nuestro modo de ver, con el fin de cometer delitos en plural y no uno o incluso varios ya definidos y determinados³⁵.

Solo si la agrupación en cuestión tiene dicha finalidad nos encontraremos ante una organización o grupo criminal, diferenciándose éstas dos formas de criminalidad organizada entre sí, a nuestro entender, no por su tamaño, -ya que ambas pueden estar constituidas tanto por tres como por un número elevado de personas, lo que llevaría a que se cualificase la pena de sus integrantes, fundadores o colaboradores³⁶-, sino básicamente en que la organización requiere una cierta complejidad

³⁵ Así lo señalamos ya en GALÁN MUÑOZ, A., «La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal...», cit. ant.

³⁶ Véase en tal sentido como tanto el art. 570 bis.2.a) CP, como el art. 570 ter.2.a) CP prevén precisamente una cualificación para quienes castigan los primeros apartados de ambos

organizativa interna y una tendencia a la permanencia temporal que no exigen los meros grupos criminales, menos organizados y estables (p. ej. una banda callejera), como queda reflejado en las menores penas que nuestro Código penal prevé para aquellos que integran o colaboran con ellas³⁷.

Ahora bien, por lo que a nosotros nos interesa en este momento, todavía queda por concretar de que forma incidirá la apreciación del referido elemento teleológico, común a ambas clases de criminalidad organizada, esto es, del acuerdo de cometer delitos en plural que alcancen tres o más sujetos, sobre el tratamiento penal que reciban las diferentes personas jurídicas que integren la estructura organizativa que pretendían utilizar para realizarlos.

Para hacerlo y comprobar la trascendencia práctica que dicha exigencia tiene en el tratamiento penal que nuestro ordenamiento otorga a los entes dotados de personalidad jurídica autónoma resulta interesante, a nuestro juicio, acudir a lo que nuestro Tribunal Supremo dijo al respecto, por ejemplo, en su Sentencia 480/2009, de 22 mayo.

Como es sabido, en esta interesante resolución se enjuició a las numerosas y muy variopintas entidades que conformaban el aparato de apoyo financiero, político y propagandístico de ETA. Entre ellas se encontraban, y es lo que la convierte en una sentencia especialmente interesante para la cuestión que nos ocupa, por ejemplo, la organización EKIN, el periódico EGIN, pero también agencias de viajes y otras entidades sociales y sindicales, dotadas de personalidad jurídica autónoma, que no tomaban parte directa, ni, en muchos casos, indirectamente en los graves delitos que ETA cometía. La referida sentencia enjuició a todas esas entidades al amparo del delito de asociación ilícita, que, en aquel momento, obligaba ya a disolver, entre otros, precisamente, a las organizaciones y grupos criminales y terroristas; punto de partida que le llevó a afirmar, por ejemplo, en relación a la organización política legalmente reconocida y dotada de personalidad jurídica propia, EKIN, que «... cuando lo que aparentemente son organizaciones políticas independientes en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya

preceptos atendiendo a su relación y participación en dichas agrupaciones, atendiendo a que las mismas estén compuestas por un número elevado de personas.

³⁷ En similares términos se manifiesta, por ejemplo, MUÑOZ RUIZ, J., *op cit.* ant. p. 23. De otra opinión, por ejemplo, BOCANEGRA MÁRQUEZ, «El concepto de “grupo criminal” del art. 570 ter.1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva», en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 543 y ss.

pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y *además le sirven como apoyo y complemento* para la consecución de esos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que *aquellas forman parte de esta última, e integran por lo tanto, una organización terrorista, aunque sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento*. O bien que constituyen una organización terrorista separada, pero dependiente de la anterior» (la cursiva es nuestra).

Esta declaración deja claro, en primer lugar, que, aunque una entidad de las que conforman el entramado organizativo de una organización criminal esté dotada de personalidad jurídica propia (como sucedía en el caso enjuiciado, por ejemplo, con EKIN o EGIN), tendrá que ser considerada y tratada como parte de dicha organización criminal, desde el mismo momento en que se constate que, de hecho o de derecho, estaba siendo dirigida por el grupo de individuos que pretendía utilizar todo el entramado o grupo organizativo en que la entidad en cuestión se encontraba incluida, para realizarlos. Esto es, desde que el mismo instante en que se acredite que la persona jurídica en cuestión, aunque no hubiese sido utilizada para cometer delitos, estaba integrada, formal o materialmente, en la unidad organizativa que dirigían y dominaban quienes pretendían realizarlos gracias a dicha estructura.

Se reconoce así que el sistema de tratamiento penal previsto para los grupos u organizaciones criminales los define y delimita como tales atendiendo a un concepto de unidad organizativa por dirección única, sin atender ni separar, por tanto, las concretas y diferentes personalidades jurídicas que conformasen tal unidad o estructura³⁸. Ello, como expresamente reconoció el TS, llevará a que se tenga que disolver automáticamente todas las entidades y agrupaciones, dotadas de personalidad jurídica propia o no, que se demuestre, en el correspondiente procedimiento judicial y contradictorio (cosa que curiosamente no aconteció

³⁸ A este respecto, llama la atención la cercanía de esta delimitación como unidad organizativa de los grupos de empresas que constituyesen una unidad por dirección única, con que en su día sostuvo en el Derecho administrativo sancionador europeo de la competencia a la hora de castigar a las empresas matrices de un grupo que constituyese una unidad económica y dotada de una dirección única por las infracciones cometidas por sus filiales, aunque cuando ambas tuviesen una personalidad jurídica diferenciada. Sobre las diferencias de este sistema administrativo sancionador y el establecido en nuestro art. 31 bis CP y sus consecuencias prácticas, véase, lo comentado, por ejemplo, por GARCÍA ALBERO, R. M., «Responsabilidad penal y *compliance* en los grupos de empresas», en *Tratado sobre compliance Penal Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, 2019, p. 281.

con EGIN a la que nunca se le procesó o acusó como tal³⁹), que forman parte de dicha unidad⁴⁰.

No hará falta entonces demostrar que tales personas jurídicas contribuyeron materialmente a la realización de ningún delito. Tampoco que tenían una estructura directamente diseñada para hacerlo, que estaban organizadas de forma preventivamente defectuosa, ni que regía en su seno una cultura fomentadora de delitos o no lo hacía una de cumplimiento normativo previniese la posible aparición de aquella. Ni la cultura, ni la estructura existentes en una persona jurídica serán, por tanto, los factores decisivos a la hora de poder calificarla como una organización criminal o como una parte de la misma. Lo que lo hará es que la entidad en cuestión forme parte de aquella estructura, de aquella unidad organizativa, que un grupo de tres o más individuos, concertados entre sí, querían utilizar como instrumento que les sirviese de respaldo o apoyo para poder cometer los delitos que pretendían realizar.

Ello, sin duda, define de forma diferente a las personas jurídicas que deberían ser consideradas y castigadas como organizaciones criminales (las que se pretendían utilizar para un colectivo de tres o más personas para cometer delitos) y las que solo podrían serlo atendiendo al sistema establecido en el art. 31 bis CP (las que, sin entrar en entre las anteriores, hubiesen facilitado la comisión de alguno, al no haberse organizado de forma preventivamente adecuada). Sin embargo, también parece que podría dar lugar a la aparición de una «zona gris» que haría difícil distinguir a las entidades «criminales» de algunas de las que el sistema del art 31 bis CP se ocupa expresamente. En concreto, de aquellas que el art. 66 bis 2.^a CP permite, aunque no obliga a castigar con penas más elevadas que al resto de las sancionadas conforme al art. 31 bis CP, precisamente, por haber sido utilizadas «... instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales». ¿Qué diferencia hay entre estas entidades

³⁹ Curiosamente, este periódico, que fue cautelarmente intervenido por auto de la Audiencia nacional, terminó siendo exonerado de sufrir cualquier consecuencia accesoria del art. 129 CP que en aquel momento le resultaban aplicables y también de la disolución que se le podría y debería haber aplicado si hubiese sido considerada como parte de ETA, por no haber sido procesada ni calificada, como debía haberlo sido a juicio del TS, como asociación ilícita en la sentencia casada, ya quedando solo la posibilidad de entenderla como una entidad que había intervenido en la comisión de algunos actos ilícitos, sin que, por otra parte, dicha resolución hubiese motivado por qué resultaba necesaria su disolución para prevenir la realización de futuros delitos, lo que resultaba absolutamente necesario para aplicársela atendiendo a dicha calificación.

⁴⁰ Podría hablarse entonces, como hace SILVA SÁNCHEZ, J. M., de organizaciones económicas ilícitas, por ser «... empresas criminales, integradas en la estructura de organizaciones criminales más amplias», «Retos del Derecho penal económico empresarial de nuestro tiempo» *IBCrim boletín*, 312 agosto/2019, disponible en <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/17/83> (últ. vis. 12-9-2020).

instrumentales y aquellas otras que han de disolverse tan pronto sean consideradas como organizaciones criminales, precisamente, por estar bajo la dirección de quienes pretenden utilizarlas como instrumentos para cometer delitos?

3. *Las denominadas sociedades instrumentales.* *Una cuestionable «zona gris»*

El Código penal define de forma expresa que debe entenderse por sociedad instrumental a efectos del art. 66 bis CP. En concreto, lo hace la segunda regla contenida en dicho artículo, donde se afirma que, tanto para que se puedan imponer penas superiores a los dos años de duración a las personas jurídicas castigadas conforme al art. 31 bis CP, como para que dichas penas puedan superar los 5 años o puedan tener incluso carácter permanente, como sucede con la de disolución, la entidad en cuestión debería haber sido utilizada instrumentalmente para cometer delitos, entendiéndose que lo habría sido «... siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal».

Si algo queda claro atendiendo dicha definición legal es que cuando el referido precepto obliga a considerar instrumental a toda persona jurídica cuya actividad ilícita supere a la lícita, no está exigiendo que se tengan que comparar el número de delitos por los que se la haya condenado con el de las actividades lícitas que hubiese efectuado.

No es solo que resulte difícil que el número de delitos de los que se responsabilice a una entidad pueda llegar a superar al de sus actividades lícitas sin que la persona jurídica en cuestión no sea una organización o grupo criminal o pueda, cuanto menos, ser castigada, como reincidente o multirreincidente, con las penas que el artículo 66 bis CP también establece para dichos casos. Es que, además, un planteamiento así olvidaría que el referido precepto obliga a comparar las «actividades» legales e ilegales de las entidades, lo que, una vez que se mantiene, como aquí hemos hecho, que las personas jurídicas castigadas, conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis CP, no cometen, ni realizan delitos, sino que solo responden por haber contribuido, por su defectuosa actuación preventiva, a que terceros los pudiesen efectuar⁴¹, excluye que se pueda considerar los delitos en cuestión como actividades propias de la em-

⁴¹ GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites...*, cit. ant. pp. 220 y ss., o el mismo en *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 45.

presa, impidiéndose así que su realización o reiteración se pueda tener en cuenta para efectuar la comparación normativa de la que venimos hablando.

No le falta razón, entonces, a nuestro modo de ver, a Faraldo Cabana cuando afirma que la comparación de la que habla el art. 66 bis.2.^a CP no se refiere ni exige que se dé en la entidad uno o varios delitos como consecuencia de su defectuoso actuar preventivo⁴². El referente de dicha comparación ha de estar referido a sus actuaciones propias o internas y no a los concretos y reiterados efectos delictivos en que éstas se pudiesen llegar a materializar.

En un intento de concretar tan difuso concepto, algunos autores han propuesto entender que la instrumentalidad del art. 66 bis CP debería aplicarse tan solo a las denominadas sociedades «pantalla» o «fachada», dado que al caracterizarse éstas precisamente por no tener actividad lícita real alguna o tenerla tan reducida que, en realidad, solo vendría a servir de «parapeto» para ocultar actividades ilícitas y delictivas que cometerían sus integrantes, se haría evidente que su actividad ilícita, siempre y en todo caso, sería más relevante que la legal.

Esta postura, que cuenta con importantes apoyos doctrinales⁴³, se enfrenta, sin embargo, a nuestro modo de ver, a varios problemas.

El primero, el derivado del hecho de que limitar las sociedades instrumentales a las puramente pantalla se contraponga claramente con el tenor literal del art. 66 bis.2.^a CP; precepto que, como hemos visto, obliga a considerar como tal a toda persona jurídica cuya actividad lícita sea menos relevante que la ilegal, lo que evidentemente extiende dicha consideración a cualquiera cuya actividad lícita existiendo y pudiendo ser incluso significativa, al contrario de lo que sucede con las pantalla, sea simplemente menos relevante que la ilegal.

Pero además y en clara conexión con lo anterior, la comentada interpretación también se enfrentaría al problema que se derivará del hecho de que, al reducir el concepto de sociedades instrumental del art. 66 bis.2.^a CP a las pantallas, se haría ciertamente difícil de entender por qué razón dicho precepto no solo no obliga a proceder a la automática disolución de todas las sociedades que fuesen consideradas como tales, sino que incluso permite que el juez pueda imponerles cualquier otra de las penas previstas en el art. 37.7 CP por una duración incluso inferior a los dos años. Si las sociedades instrumentales son ne-

⁴² FARALDO CABANA, P., «Las penas», cit. ant. § 892.

⁴³ Por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020 pp. 242 y 262.

cesariamente sociedades pantalla y, por tanto, no tienen actividad lícita o la que tienen es puramente simbólica tendente a encubrir su verdadera única utilidad que es la de favorecer o encubrir delitos, ¿qué sentido tendrá que se autorice al juez a imponerles otras penas no definitivas o incluso a aplicarles unas de la misma duración que las que se aplicarían a las sociedades que no tuviesen dicha consideración?

La incompatibilidad de tan restrictiva interpretación con la definición legal de las sociedades instrumentales y su difícil acomodo con el régimen punitivo que el art. 66 bis.2.^a CP les otorga saltan a la vista y hacen que tengamos que plantearnos una definición más amplia de dicho concepto.

Una propuesta interpretativa que iría en tal dirección es aquella sostenida por quienes califican como instrumental toda entidad que tenga un volumen de negocio referido a las actividades ilícitas que supere al que se derive de su actividad legal⁴⁴, algo que podría valorarse, por ejemplo, confrontando el porcentaje de facturación que cada una de dichas actividades genere para la entidad en cuestión⁴⁵.

Esta interpretación permitiría tener por tales muchas entidades que podrían tener una actividad legal relevante e incluso notable y también explicaría porque el art. 66 bis.2.^a CP da al juez el amplio margen de selección y determinación de la pena le da. En concreto, lo haría para darle la opción de aplicar a cada una de las muy variopintas entidades que podrían ser calificadas como tales, el concreto tratamiento punitivo que se adecue a su concreta situación.

Sin embargo, se enfrentaría, a nuestro entender, a otro problema. El que se derivará del hecho de que trate de definir la relevancia de las actividades lícitas e ilícitas, cuya comparación determinará la calificación de una sociedad como tal, atendiendo a factores, como los de sus respectivos volúmenes de negocio o de facturación, que tienen una naturaleza netamente económica y que, precisamente por ello, poco o nada dicen ni con respecto a lo que fundamentó su castigo (el defecto preventivo y el delito que favoreció), ni en relación a la finalidad eminentemente interdictiva que, conforme establece el art. 66 bis.1.^a CP, debería regir la decisión del juez a la hora de elegir y determinar la concreta pena que la consideración como instrumental de una persona jurídica

⁴⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Tratado sobre compliance Penal Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 84.

⁴⁵ Apunta dicha posibilidad, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Retos del Derecho penal económico...», cit. ant.

condenada le permitiría aplicar⁴⁶. De hecho, el comentado criterio es tan ajeno al sistema del que venimos hablando que podría llevar, por ejemplo, a que se pudiese tener como instrumental a una entidad por el mero hecho de que tuviese un defecto preventivo fácilmente subsanable, que, sin embargo, hubiese dado lugar a que se cometiese en su seno un único delito que generase enormes beneficios (p. ej. un único delito masa de estafa inmobiliaria), mientras que obligaría a negar dicha consideración a aquella otra, cuya absoluta dejadez preventiva la hubiese convertido en un foco de peligros que hubiese favorecido uno o incluso múltiples delitos, si paralelamente ejerciese una actividad lícita tan lucrativa que empequeñeciese las ganancias o el volumen de negocio derivado de su quehacer ilegal, algo, que evidentemente, carece del más mínimo sentido.

Una interpretación mucho más acorde con la evidente finalidad preventiva que tiene todo el sistema del art. 31 bis CP y también con el severo tratamiento punitivo que el art. 66 bis CP abre con respecto a las entidades instrumentales podría ser, como propone Silva Sánchez, que fuese la inexistencia absoluta de *compliance* en una entidad la que hiciese que se la tuviese que considerar como verdadera «desorganización criminal» o «cuasi-organización criminal»⁴⁷ y justificase, por tanto, así que se le pudiese aplicar la pena de disolución o de intervención judicial que el art. 66 bis CP prevé para las que califica como instrumentales. Sin embargo, esta interesante propuesta resulta, también y a nuestro modo de ver, difícilmente compatible con lo establecido en el referido precepto. Lo es, en primer lugar, porque olvidaría que el art. 66 bis CP permite aplicar muchas otras penas a las personas jurídicas instrumentales, diferentes de las de disolución o intervención judicial. Pero, además, también lo es, porque si ya de por sí resultará realmente difícil de mantener que todas las actividades realizadas por una entidad, sin las medidas preventivas propias de un *compliance*, puedan ser consideradas como «actividades ilícitas», una vez que la implementación de tales programas no resulta obligatoria para las personas jurídicas en ge-

⁴⁶ En este sentido, no debe olvidarse, como señala, por ejemplo, González Cussac, J. L., que atendiendo a lo dispuesto en el art. 66 bis 1.º CP, el juez tendrá que concretar la duración y también la concreta naturaleza de la pena a aplicar a una persona jurídica castigada conforme al art. 31 bis CP, cuando el Código le dé la opción de elegir entre varias de ellas, atendiendo, entre otras cosas, a la necesidad de la pena en cuestión «... para prevenir la continuidad delictiva», en Responsabilidad penal de las personas jurídicas..., ant. cit. p. 261. En la misma línea, se manifiesta De la Cuesta Arzamendi, J. L., quien señala que dicho criterio tiene una finalidad primordialmente preventivo especial. En *op. cit.* ant. p. 92.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Retos del Derecho penal económico...», cit. ant.

neral, salvo en muy contadas ocasiones (p. ej. en el caso de partidos políticos⁴⁸), más difícil aún lo será si se entiende, como aquí se hace, que incluso cuando exista la obligación de implantarlo y la entidad obligada la incumpla, tampoco se podrá entender que todo lo que haga a continuación deba ser considerado, por ese mero hecho, como ilícito o ilegal (p. ej. el contrato realizado lícitamente por un partido sin *compliance*).

Mucho más ajustado, entonces, tanto al tenor literal del artículo 66 bis.2.^a CP, como a la finalidad eminentemente interdictiva que tienen las penas aplicables conforma a dicho precepto, resulta a nuestro juicio, considerar, como propone Faraldo Cabana, que lo que se deba valorar, a la hora de calificar una sociedad como instrumental o no, sea si la persona jurídica en cuestión había dedicado más medios materiales y/o personales a la actividad ilícita realizada en su seno, esto es, a la materializada en delitos, que a la que no produjese dichos resultados y, por ello, debía ser considerada como lícita a efectos penales⁴⁹. Cuando ello suceda se podrá afirmar sin mayores problemas que su actividad ilícita (no sus resultados) sería más relevante, a efectos internos, que la legal. Pero, además y por otra parte, se comprenderá perfectamente el porqué nuestro legislador decidió permitir al juez que pueda aplicar a dichas sociedades penas más graves y de mayor duración que a las que no estuviesen en dicha situación. Lo hizo porque, al constatarse en las instrumentales que habían empleado más recursos a contribuir a la ejecución de hechos ilícitos de los que había empleado en los legales, se pondría de manifiesto que son más peligrosas que las que no lo estaban en tal situación, por lo que resultará perfectamente adecuado que el juez pueda aplicarles penas más severas que a estas últimas, siempre y cuando, eso sí, ello resulte necesario, como exige el art. 66 bis.1.^a CP, para neutralizar su peligrosidad.

⁴⁸ Sobre ello, véase con mayor extensión y detalle, lo comentado por León Alapont, J., quien señala que si bien el art. 9 bis LOPP establece de forma expresa el deber de los partidos de tener un *compliance*, no contempla sanción alguna para la infracción de dicho deber por su parte, lo que le lleva a proponer alguna otra medida, como prohibir, en determinados casos, su inscripción en el registro de partidos si no tuvieran dichos programas, como instrumento para fomentar su implantación, en *Compliance penal: especial referencia a los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 49 y ss.

⁴⁹ FARALDO CABANA, P., «Las penas...», cit. ant. § 892. Llama la atención en cualquier caso, que la referida autora utilice también dicho criterio para determinar cuando una sociedad lícitamente creada pasaría a ser considerada como criminal o delictiva, como expresamente manifiesta en *Asociaciones ilícitas...* cit. ant. p. 135, lo que, a nuestro modo de ver, llevaría a confundir el tratamiento que nuestro Código da a las sociedades consideradas como criminales y que han de ser disueltas por el mero hecho de serlo y las que, pese a ser instrumentales (las del art. 66 bis CP), tan solo podrán disolverse, si ello fuese necesario para neutralizar su peligrosidad.

Así pues, habrá que entender que lo que determinará la calificación como instrumental de una sociedad, conforme al art. 66 bis CP, será que su actividad interna dedicada a la realización de actividades ilícitas resulte superior a la que dedica a las actividades ilícitas, algo que no tiene por que suponer que deban ser puramente pantalla, pero que tampoco, y esto no debe olvidarse, obligará a que quienes dirijan sus destinos las hubiesen utilizado o pretendiesen utilizarlas como mecanismo favorecedores de la comisión de delitos.

Se diferencian así claramente las personas jurídicas instrumentales del sistema del art. 31 bis CP y las «criminales» de las que se ocupa el art. 570 quáter CP. Las primeras serán aquellas que, habiendo favorecido la comisión de un delito por su inadecuada actuación preventiva, presentan una actividad interna que indica una propensión a dar lugar a la reiteración de tales actos, lo que hace recomendable que habilite al juez para que pueda imponerles penas de mayor intensidad o duración, e incluso pueda llegar a disolverlas, si ello resultase necesario para neutralizar dicho peligro, como sucederá, precisamente, con las realmente «pantalla», que no puedan ser neutralizadas y saneadas mediante la aplicación de una pena menos represiva que la de desaparición⁵⁰. Mien-

⁵⁰ Se ha de señalar, en tal sentido, que, dado que el art. 66 bis 1.ª CP establece que la elección de la concreta pena a imponer a una entidad instrumental o de su duración debe hacerse atendiendo a la «necesidad» de la pena en cuestión «para impedir su continuidad delictiva», habrá de entenderse que el juez debería elegir, de entre las penas que la ley le permitiese aplicarle, atendiendo al delito por el que hubiese sido condenada, aquella que, resultando idónea o adecuada, desde un punto de vista *ex ante*, para prevenir su continuidad delictiva, ocasionase la menor restricción de derechos de la entidad, ya que solo esa podría considerarse como realmente necesaria para conseguir tal fin y sería, por tanto, proporcional. Esto nos lleva a entender que la única opción en la que sería factible imponer una pena de disolución, por considerarla preventivamente necesaria, tal y como establece el art. 66 bis 1.ª CP, sería aquella que se daría cuando la entidad en cuestión no solo tuviese una actividad ilegal más relevante que la legal, sino que estuviese constituida de tal forma que solo pudiese servir para cometer las primeras de dichas actividades o, pudiendo cometer también algunas legales, no pudiese subsistir realizando tan solo actos de esta última naturaleza, por más que se interviniese o cambiase su dirección, por parte del juez, o éste le impusiese cualquier otra de las penas del art. 33. 7 CP. Esto solo sucederá cuando las personas jurídicas en cuestión estén concebidas para cometer delitos y carezcan de cualquier recurso o, teniéndolos, éstos sean exclusiva o casi exclusivamente utilizables para servir de sustento y parapeto a la comisión de delitos o encubrir su realización. Así sucederá, por ejemplo y precisamente, con las verdaderas «sociedades pantalla» cuya existencia solo tendrá sentido precisamente para ayudar a realizar o encubrir actividades lícitas; supuesto éste en el que la imposición de la disolución se justificará por resultar, sin duda, necesaria para neutralizar el riesgo delictivo que representaría su mera existencia. Una postura similar es mantenida por Faraldo Cabana, P., quien señala que la aplicación de la pena de disolución, dada su gravedad, debería guardar proporción con la peligrosidad del ente colectivo condenado por el sistema del art. 31 bis CP, en «Las penas...», cit. ant. § 892. De la Cuesta Arzamendi, J. L., por su parte, también limita la aplicación de esta pena a las sociedades instrumentales «insanables», teniendo por tales a las pantalla, precisamente, por entender que en el resto de casos, por más que se constate que las empresa condenada era instrumental, generalmente, se la podrá sanear aplicando otras penas menos severas que la disolución, pero llega a dicha conclusión combinando la exigencia de la necesidad preventiva de la pena del

tras tanto, las que son consideradas como organizaciones o grupos criminales lo serán porque se emplean o pretenden emplear como mecanismos o instrumentos facilitadores de delitos por un grupo más o menos grande de individuos que se concertaron para llevarlos a cabo, lo que obligará a disolverlas, sin necesidad de que dichos sujetos hayan cometido ninguno de los dichos delitos desde su seno, pero también sin tener que demostrar que se efectuó en la entidad ningún comportamiento preventivo defectuoso, ni que se implantó o dejó de implantar cultura alguna que pudiese dar lugar o, por el contrario, pudiese haber prevenido su realización. Nada se les reprochará, por tanto, a estas últimas entidades (a las «criminales») como tales. Se las tratará como meros objetos o herramientas peligrosos que han de ser neutralizados, algo que, sin duda las diferencia de las castigadas por el sistema del art. 31 bis CP, pero que también influirá tanto en la concreta naturaleza jurídica que se deberá otorgar al sistema que las trata (el del art. 570 quáter CP), como también a la que tendrán las medidas que éste obliga o permite al juez que le puedan imponer.

IV. Dos sistemas diferentes, pero no dos sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas. Algunas consideraciones a futuro

A lo largo de las páginas precedentes hemos visto como nuestro Código penal vigente contempla dos formas muy diferentes de tratar a las personas jurídicas involucradas en la comisión de delitos. Por una parte, el sistema del art. 31 bis CP las sanciona con verdaderas penas cuando se constate y se les reproche que existiese en su seno una deficiente gestión y control de los riesgos delictivos (culturales o no), que hubiese dado lugar a una facilitación de uno o varios delitos que la entidad podía y debía haber evitado. Por otra, el del art. 570 quáter CP, referido a las organizaciones y grupos criminales, trata a las entidades

art. 66 bis 1.ºa) CP con la del apartado b) del mismo artículo, que determina que el juez deba también habrá de contar con las consecuencias económicas y sociales que la pena que pudiese elegir viniese a ocasionar, para elegirla o no, en *op. cit.* ant. p. 84 y 91 y 92; postura que no podemos compartir, ya que entendemos que el primero de los criterios del art. 66 bis CP ya justifica la restrictiva aplicación de la pena menos aflictiva, pero efectiva, de entre las disponibles, viniendo el referido a la valoración de los efectos sociales a establecer una segunda y añadida limitación a lo que se derive del primer criterio, que podría, por ejemplo, llevar a que el juez pudiese no aplicar la pena necesaria y proporcionada para controlar el riesgo propio de la entidad (p. ej. una inhabilitación de larga duración), si entendiéndose que ello tendría demasiados negativos efectos para terceros, como los trabajadores de la entidad.

como simples mecanismos o instrumentos que pueden ser utilizados con fines delictivos por parte de un grupo de personas que estaban concertadas con la intención de realizarlos y decreta su automática y obligatoria disolución tan pronto como se las puede considerar como la representación o como una parte de la unidad organizativa que dichos sujetos integran o dirigen con dicho fin.

Esto último supone que este sistema mantenga la tradicional visión de las personas jurídicas como meros objetos o instrumentos peligrosos que deben ser neutralizados, mediante su desaparición, tan pronto como se constate que representaban o estaban integradas en una estructura o unidad organizativa controlada por un grupo de tres o más personas físicas que pretendían utilizarla para cometer delitos, aunque no hubiesen llegado a hacerlo. No es un sistema que reproche nada a las entidades a las que se aplica, ni uno, por tanto, que les venga a imponer verdaderas penas. Les impondrá «consecuencias» como, de hecho, las califica el propio art. 570 quáter CP. Ello ya denota que el sistema de los artículos 570 bis y siguientes de nuestro Código penal será un sistema de tratamiento, pero no uno de responsabilización penal. Uno que, de hecho, tendrá un carácter tan marcada y puramente inocuidador que obligará a disolver todas las personas jurídicas que se consideren como tales, incluso aunque tuviesen una actividad lícita real y mucho más relevante que la ilegal y presentasen una peligrosidad criminal fácilmente neutralizable mediante la imposición de otra «consecuencia» mucho menos restrictiva que su disolución (p. ej. mediante la intervención judicial). Esto último representa una decisión político criminal que, a nuestro modo de ver, debería ser replanteada. No es solo que la imposición automática de dicha medida contraste claramente con lo establecido con respecto a las sociedades instrumentales, castigadas conforme a lo establecido en los artículos 31 bis y 66 bis CP, o que resulte absurda o cuanto menos cuestionable, desde el punto de vista económico. Es que además, y lo que es incluso peor, también lo es desde la perspectiva estrictamente jurídica.

Piénsese, por ejemplo, en casos como el de EGIN de la STS 480/2009 o el de la sociedad pantalla utilizada para traficar con drogas juzgada en la también citada STS 154/2016. La consideración de la primera como parte integrante de una organización terrorista debería haber llevado, -si hubiese sido procesada y enjuiciada adecuadamente y no como lo fue-, a su disolución, pese a que tenía una actividad lícita real y viable, cuya relevancia superaba con creces a la ilegal, siendo esta última, además, perfectamente neutralizable mediante la intervención judicial de

su administración. Mientras tanto, la segunda, pese a ser una sociedad completamente pantalla, creada exclusivamente para cometer delitos de tráfico de drogas, solo podría ser disuelta –al no haber sido considerada como parte de una organización o grupo criminal, lo que tal vez debería haber sido analizado con más profundidad por la sentencia que la disolvió–, una vez se acreditase en el debido procedimiento y mediante sentencia⁵¹, que era una sociedad instrumental cuya peligrosidad no se podía neutralizar mediante la aplicación de otra pena menos severa de entre las que permitiría aplicarle el delito por el que se la hubiese llegado a condenar.

La diferencia de tratamiento es evidente y plantea una gran variedad de preguntas sobre las que deberíamos reflexionar. Así por ejemplo, ¿acaso la segunda persona jurídica de las que venimos hablando (la pantalla) no es más peligrosa que la primera a efectos penales? Es más y en clara contraposición con lo anterior, ¿acaso el mantenimiento de la actividad de la primera no podría aportar beneficios sociales indudables (mantenimiento de empleo, creación de riqueza, información de interés social, etc.) que la de la pantalla, dada su inexistencia de actividad lícita e incluso de medios para poder realizarla, nunca podría dar? ¿Por qué entonces nuestro legislador niega la posibilidad de que el juez pueda aplicarle a la considerada como organización criminal una medida diferente a la disolución, como, sin embargo, sí hace con respecto a la puramente pantalla? ¿Tiene esto algún sentido?

Pero planteemos otras hipótesis. Si una persona jurídica se crease, por ejemplo, por solo dos personas concertadas entre sí para utilizarla con el fin de cometer delitos, favoreciéndolos, apoyándolos o encu-

⁵¹ No se comparte, por tanto, la postura sostenida en su día por la Fiscalía General del Estado en sus Circulares 1/2011 y 1/2016, que afirmaban que, dado que las sociedades pantallas provenían de una mera simulación contractual que permitía considerar el acto que las creó como nulo, se las podría disolver sin tener que imputarlas, ni esperar a la sentencia final, algo que lamentablemente también parecen haber recogido, cuanto menos de forma parcial, nuestro Tribunal Supremo tanto en la citada STS 154/2016, como en la más reciente STS 736/2019, pero que, a nuestro modo de ver, no es sostenible. No lo es, porque olvida que se pueden crear sociedades carentes de toda actividad que resulten perfectamente lícitas, como ya puso de manifiesto, García Albero, R. M. en relación al intento de castigar en nuestro ordenamiento la mera testaferraría de empresa «El delito de utilización de sociedades instrumentales, pantalla o tapadera», en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 582, lo que podría determinar que se pudiese disolver alguna de ellas, por considerarla como puramente pantalla, antes de juzgarlas y sin llamarlas siquiera como investigadas, viniéndose posteriormente a constatar, en sentencia, que no estaba destinada a realizar actividad delictiva alguna porque las que pretendía realizar su dirigente o realizó no lo eran, lo que irremediamente llevaría a que su disolución careciese de fundamento y se hubiese impuesto además contrariando su derecho de defensa. Véase, para más detalles, GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites...*, cit. ant. pp. 247 y ss.

abriéndolos y solo sirviese para dichos fines, careciendo de cualquier actividad lícita, ni posibilidad de realizarla, ¿tiene algún sentido que la simple falta de un tercer individuo concertado para cometer delitos lleve a que dicha entidad reciba el tratamiento que otorga el sistema del art. 31 bis CP a las personas jurídicas instrumentales, frente al que se le aplicaría si hubiese contado con un tercer miembro concertado para efectuarlos y pasase a ser calificada como criminal? ¿No sería mucho más lógico, teniendo en cuenta todo lo anterior, dejar tanto en este supuesto, como en aquellos otros en los que concurra dicha tercera persona y se condene a la persona jurídica como organización criminal, que el juez pueda decidir si la entidad en cuestión necesitaba ser disuelta o si se podría neutralizar su peligrosidad imponiéndole otra pena o consecuencia mucho menos represiva que le permitiese continuar con su actividad económica legal?

Resulta evidente que éstas y otras muchas preguntas que nos vienen a la cabeza deberían llevar a que se realizase una reflexión mucho más pausada de cara a orientar y coordinar el tratamiento penal que nuestro ordenamiento da globalmente a las personas jurídicas. Su tratamiento presenta, sin duda, éstos y muchos otros problemas, aunque, claro está, si 70 años no son nada para nuestro querido Luís, apenas 10 de evolución y perfeccionamiento del tratamiento global que nuestro ordenamiento penal prevé para las personas jurídicas, desde que les atribuyó verdadera responsabilidad penal, solo nos permite considerar que estamos, en realidad, ante un «joven» sistema normativo que aún está por madurar.

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN EL SIGLO XXI

MERCEDES GARCÍA ARÁN

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

Desde un punto de vista sociológico y político, los parlamentos democráticos actuales han experimentado una evolución y presentan unos rasgos que les alejan de las primeras formaciones parlamentarias en las que se asentaron las prerrogativas destinadas a proteger sus funciones, esto es, las inviolabilidades y las inmunidades parlamentarias. Especialmente las segundas han sido sometidas a una revisión histórica que, como recordaremos, en ocasiones lleva a proponer su supresión. Las líneas que siguen pretenden aportar algunas reflexiones más, basadas en las características de la actividad parlamentaria actual, el predominio de los partidos y las dimensiones del debate político en la sociedad mediática. Para ello, partiremos de unas breves notas históricas, seguiremos con la delimitación jurídica actual de los conceptos y plantearemos a continuación algunas consideraciones sobre la realidad política. Todo ello nos permitirá concluir con alguna consideración sobre la operatividad actual de dichas instituciones.

I. Algunas notas sobre el origen histórico

Para situar el origen histórico de las prerrogativas, resulta inevitable la referencia al tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. Suelen citarse los precedentes medievales de las asambleas inglesas en los que se establecía la libertad de expresión (*freedom of speech*) o de movimiento (*freedom of arrest*)¹ frente al Monarca, finalmente derivados en el *Bill of Rights* de 1689, aunque lo cierto es que,

¹ Así, MARTÍNEZ ELIPE, L, «Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento», en *Revista de las Cortes Generales*, 55,2002, p. 39.

como recuerda García López, las asambleas estamentales medievales, carentes de valor representativo en sentido actual, les privan de paralelismo y comparación con los parlamentos del siglo XIX².

Por ello resulta más fructífera la referencia histórica a la Asamblea Nacional de la Francia revolucionaria que en Decreto de 1789 estableció la inviolabilidad de los representantes de la nación y en Decreto de 1790, su inmunidad, prerrogativas finalmente reflejadas en las Constituciones de 1791 y 1795. La inviolabilidad por expresiones verbales y la inmunidad frente a la detención pretendieron asegurar tanto el acceso de los parlamentarios a las reuniones de la Asamblea como la libertad del discurso, requisitos imprescindibles para lograr la formación de la voluntad colegiada común y representativa de la nación.

Tal fundamento político en la protección de la formación de la voluntad de la Asamblea, se mantiene, como veremos, en la actualidad, aunque el marco histórico es radicalmente distinto: para los revolucionarios franceses, la Asamblea representa a la «nación» (y expresa la soberanía *nacional*), representación todavía no evolucionada hacia el concepto posterior y actual de soberanía *popular* basada en el sufragio universal. Las primeras prerrogativas se constituyen en barreras de protección de la burguesía frente al Monarca absoluto que, en una fase todavía incipiente de la división de poderes, aún conserva restos de poder ejecutivo y judicial. La soberanía nacional expresada por el Parlamento conduce a reivindicar la primacía absoluta de la ley por la que se niega, incluso, el margen de actuación del poder judicial en la conocida expresión de Montesquieu: «Los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»³. Es curioso que el teórico de la división de poderes niegue la autonomía del poder judicial, expresando una desconfianza hacia la justicia estamental que, por otro lado, conocía bien dada su pertenencia a la nobleza.⁴

La recepción de las prerrogativas parlamentarias en España se produce mediante el Decreto de 24 de septiembre de 1810, emitido por la

² GARCÍA LÓPEZ, E., «Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria», en *Revista de las Cortes Generales*, tercer cuatrimestre, 1989, p. 74.

³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Lib. XI, «De las leyes que dan lugar a la libertad política en su relación con la Constitución», Cap. VI, «De la constitución de Inglaterra». Edición de Librería general de Victoriano Suárez, 1906, traducción de Siro García del Mazo, p. 237.

⁴ Desconfianza que, en el caso francés, se reflejó en la institución del *référé législatif* por el que la interpretación de la ley se remitía al Parlamento. No fue hasta el Código Civil de Napoleón (1804) cuando su artículo 4 obligó a los jueces a resolver sin escudarse en la oscuridad de la ley, lo que exige su interpretación.

Asamblea Constituyente que alumbraría la Constitución de Cádiz de 1812⁵. La peculiaridad española radica en que no sólo se pretende como protección frente a la monarquía absoluta, sino también frente a los invasores franceses cuya presencia había llevado a la Asamblea a reunirse en Isla de León, frente a las costas gaditanas. Pero la duplicidad de adversarios no hacía sino destacar la pretensión de preservar la formación de la voluntad de la Asamblea⁶ frente a interferencias externas.

La inmunidad también expresa en sus orígenes la desconfianza hacia al poder judicial en la primera y tortuosa fase de su independización respecto del poder ejecutivo. El artículo 128 de la Constitución de Cádiz establece el Tribunal de Cortes por el que las Cámaras sustancian causas penales contra parlamentarios, que no desapareció hasta la Constitución de 1837. Tal opción se trata con mayor propiedad de un aforamiento, si bien al sustraerse totalmente a los afectados de la jurisdicción ordinaria ha sido considerado como una vulneración de la división de poderes⁷. En realidad, tal división se encontraba todavía en un estado primitivo en el que lo dominante era la reticencia del naciente poder legislativo frente a los otros poderes y, especialmente, el poder judicial. Piénsese que la Constitución gaditana atribuía el nombramiento los jueces al rey (art. 171.4) y el sistema de oposición para acceder a la condición de juez no se instauró hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Recelo o defensa corporativa –que pueden coincidir– esta es una constante que desborda el ámbito parlamentario y alcanza a la Ley de 2 de abril de 1845 por la que se protegía a los funcionarios frente a procesos judiciales de carácter penal, mediante el requisito de la autorización administrativa para proceder contra ellos⁸. Como es sabido, la inmunidad parlamentaria en su versión actual (art. 71.2 de la Constitución española) no supone la sustracción a la jurisdicción ordinaria de diputados y senadores, pero sí la posibilidad de veto de las Cámaras a su procesamiento.

Este breve apunte histórico tiene como finalidad valorar la dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias en dos órdenes de cues-

⁵ Ampliamente, ALAMO MARTELL, D., «Los orígenes de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias (1810-1837)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 84, 2014, pp. 205 y ss.

⁶ Así, FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Civitas, 1990, p. 14.

⁷ Así lo afirma ÁLAMO MARTELL, D., «Los orígenes...», p. 214.

⁸ OLARIETA ALBERDI, J. M., «La autorización administrativa previa para procesar a los funcionarios públicos. Administración pública y tribunales a mediados del siglo XIX», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 246, pp. 227-282.

ciones: la primera, el estado actual de la división y equilibrio de poderes en orden a valorar la protección de la función parlamentaria y, la segunda, cuáles son hoy las condiciones reales en que se forma la voluntad de las Cámaras y qué relevancia deben tener en la legitimación de las prerrogativas.

II. La inviolabilidad parlamentaria

No existen dudas en definir la inviolabilidad de los parlamentarios (art. 71.1 CE) como la carencia de responsabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo, mientras que la inmunidad no disminuye ni anula su responsabilidad sino que simplemente establece un obstáculo procesal a su enjuiciamiento (art. 71.2 CE). A las necesarias precisiones nos referiremos en los apartados siguientes.

1. Fundamento y límite formal en el ejercicio de la función

El TC ha declarado repetidamente que las prerrogativas parlamentarias deben ser interpretadas restrictivamente para impedir su conversión en privilegios personales (SSTC 51/1985, 22/1997), restricción que debe tener en cuenta tanto los límites objetivos establecidos en la CE, como la proporcionalidad respecto al fin que pretenden (STC 243/1988). Los límites objetivos establecidos constitucionalmente, se corresponden con los límites formales a que ahora nos referiremos, mientras que la proporcionalidad respecto de la función desempeñada, requiere referirse a ésta. En el apartado siguiente, plantearemos hasta qué punto la interpretación restrictiva requiere imponer, además, especiales límites materiales.

Comenzando por lo que no conlleva discusión, desde los primeros análisis doctrinales posconstitucionales y la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está claro que tanto la inviolabilidad como la inmunidad se legitiman en la protección de las funciones de las Cámaras. De ahí su consideración como prerrogativas y no como «privilegios» de los parlamentarios que pudieran suponer una violación del principio de igualdad ante la ley. Con la inviolabilidad y la inmunidad se tratan de manera diferente supuestos diferentes lo que sin duda respeta el principio de igualdad siempre que el trato diferente resulte justificado (SSTC 101/1989, 205/1989). La razonabilidad del trato dife-

rente, en estos casos, se basa en la protección de las funciones de las Cámaras, no de las personas de los parlamentarios, lo que permite utilizar el concepto de *garantía parlamentaria*, como más preciso que el de la tradicional prerrogativa⁹.

Tal protección de la función parlamentaria se corresponde con aquella protección de la *libre formación de la voluntad de la Cámara*, que, como hemos recordado, está presente en el origen histórico de las prerrogativas: para que la Cámara pueda llegar a un acuerdo es necesario que sus miembros puedan expresar libremente sus opiniones (inviolabilidad) y, para ello, deben estar presentes en la reunión (inmunidad).

Recuérdese, además, que según el art. 66 CE, las Cortes Generales no sólo ejercen la *potestad* legislativa, sino que también aprueban los presupuestos y controlan la acción del Gobierno. El mismo precepto se remite a las otras competencias atribuidas por la Constitución, lo que conduce al art. 74 CE y las competencias no legislativas que el Título II atribuye a las Cortes Generales en relación a la Corona.

La libre formación de la voluntad colectiva se afirma como concepto legitimador en la jurisprudencia constitucional (SSTC 243/1988, 9/1990, 206/1992, 22/1997) lo que sirve, además, para marcar los límites de la inviolabilidad, que no pueden ser otros que los del ejercicio de la función. Recordemos que el art. 75.1 CE anuncia que las Cámaras «funcionarán [*ergo*, ejercerán sus funciones] en Pleno y por Comisiones» y que el art. 67.3 CE establece que «las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios», lo que inevitablemente conduce a concluir que la inviolabilidad que ahora nos ocupa tiene un límite temporal y espacial situado en la reunión de la Cámara, reglamentariamente convocada. Así lo ha afirmado también el TC, aunque admite una ligera extensión a los actos que sean reproducción de un acto parlamentario (SSTC 51/1985, 243/1988) pero no a aquellas situaciones externas a las Cámaras, en las que el parlamentario actúa meramente como político (STC 71/1985), como pueden ser mítines, tertulias, conferencias etc.

En las primeras opiniones doctrinales al respecto, Gómez Benítez mantuvo un concepto amplio de ejercicio de la función a los efectos de la inviolabilidad parlamentaria, abarcando todos los actos vinculados

⁹ Así lo hace LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española», *Revista de las Cortes Generales*, 108, 2020, p. 131.

al ejercicio de la función representativa, dentro o fuera de la Cámara¹⁰. Recientemente y ya tras la jurisprudencia constitucional citada, Lucas Murillo de la Cueva ha planteado la posibilidad de ampliar la inviolabilidad a tales espacios basándose en la necesidad de permanente contacto con los electores frente a los que expresarse sobre temas controvertidos¹¹. En mi opinión, la limitación temporal y espacial de la inviolabilidad al estricto ejercicio de la función parlamentaria allí donde ésta exclusivamente se ejerce, no solo viene impuesta por el texto constitucional sino que resultaría absolutamente impropio del fundamento de esta institución¹² extenderla a actos externos a las Cámaras como los mencionados. En dichos espacios, el político quizá está actuando en tanto en cuanto es parlamentario, pero desde luego, no ejerciendo las funciones propias de dicho cargo, porque como un tanto irónicamente afirma el ATC 147/1982, los «desayunos del Ritz» no se convierten en actos parlamentarios en virtud de la inviolabilidad parlamentaria. Por otra parte, el parlamentario goza ahí de plena libertad de expresión como el resto de los ciudadanos, y la repercusión de sus palabras como mucho repercutirá en la formación de la voluntad de los electores a los que se dirige, pero no en la de la Cámara a la que pertenece.

2. ¿Necesidad de límites materiales?

Pese a la citada unanimidad en definir la inviolabilidad como ausencia de responsabilidad por las opiniones manifestadas en ejercicio del cargo, no es extraño encontrar alusiones a la posibilidad de abusos, con el consecuente planteamiento de eventuales límites materiales, especialmente de carácter penal. Desde este punto de vista, se ha planteado que la inviolabilidad parlamentaria no puede amparar la comisión de delitos¹³, de manera que, emitida una opinión que pueda

¹⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 64, 1982, p. 27.

¹¹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Las garantías parlamentarias...», p. 143. Sin embargo, la posición de este autor no es concluyente, pues aunque afirma que extender la inviolabilidad «no parece desacertado», también afirma que dada la amplitud de la libertad de expresión, puede considerarse innecesario.

¹² ASÍ, JARIA I MANZANO, J., «El marco constitucional del derecho penal», en Quintero (dir.)/Jaria (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 166.

¹³ Refiriéndose expresamente a la necesidad de evitar abusos excluyendo determinados delitos de la inviolabilidad, CATALA I BAS, A. H., «La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 (caso del diputado de H. B. Jon

considerarse típica penalmente, el parlamentario debería someterse al correspondiente proceso penal. Veamos con algo más de detenimiento este argumento.

En primer lugar, debe plantearse qué delitos pueden ser cometidos mediante *opiniones*: salvo error u omisión, se reducen a las injurias, calumnias, amenazas (a particulares o a las instituciones estatales protegidas penalmente frente a tales conductas en los Capítulos II y III del Título XXI del Libro II del CP), la apología en sus distintas formas, la provocación al odio (art. 510 CP) y el escarnio de sentimientos religiosos (art. 525 CP). El elemento de la violencia impide incluir aquí el delito de coacciones. Más adelante plantearemos alguna reflexión sobre los delitos de desobediencia y sedición, que han aparecido en el parlamentarismo reciente como expresión de conflictos políticos.

Una primera restricción doctrinal vino a partir del mismo concepto de «opinión», reduciéndolo a la expresión oral de hechos cuestionables, lo que dejaría fuera a las calumnias¹⁴ y probablemente, a las amenazas. La STSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003 condenó al Diputado Jon Salaberria por un discurso en el Pleno calificado como colaboración con el terrorismo, restringiendo aún más el concepto de «opinión», al exigir que no solo manifieste el pensamiento del diputado, sino que «procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano», esto es, que sea útil. Realmente, si tal criterio se aplicara estrictamente, la inviolabilidad parlamentaria desaparecería sin más.¹⁵

A mi juicio, los amplios espacios de interpretación que permite la aplicación de dichos tipos penales dejarían la inviolabilidad parlamentaria en manos de los tribunales que es precisamente, lo que se pretende evitar con la declaración de irresponsabilidad que supone tal institución¹⁶. En la misma línea, González Cussac/Cuerda Arnau, afirmando acertadamente que la inviolabilidad protege la independencia del Parlamento, consideran suficientes las limitaciones establecidas a partir del ámbito estricto del ejercicio de la función¹⁷.

Salaberria», *Anuario de Derecho parlamentario*, 14, 2003, pp. 162 y ss. Especialmente, 166. También establece un límite en la comisión LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Las garantías parlamentarias...», p. 143.

¹⁴ Así, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios», en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Edersa, 1982, p. 294.

¹⁵ Lo critica también CATALA i BAS, «La inviolabilidad...», cit. pp. 152 y ss.

¹⁶ Así, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 167.

¹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, «Aproximación al derecho parlamentario: inviolabilidades», en *Cuadernos de Derecho Público*, 1,1997, p. 106.

La CE hubiera podido restringir la inviolabilidad excluyendo algún delito de su ámbito como hace el parágrafo 46 de la Ley Fundamental alemana (GG)¹⁸ respecto de las calumnias y corrobora el parágrafo 36 del StGB, atendiendo al carácter falsario de la afirmación difamatoria (par. 187 StGB), pero lo cierto es que no lo ha hecho, lo que, a mi juicio impide tal restricción por vía interpretativa. Además, la calumnia en el CP español se comete, no solo con conocimiento de la falsedad de la imputación, sino también con «temerario desprecio a la verdad» (art. 205 CP), lo que deja un espacio abierto a la prueba y su valoración que demandaría una intervención judicial vetada por la institución.

Por otra parte, partir de la definición de inviolabilidad como ausencia de responsabilidad para a continuación, afirmar que no alcanza a la responsabilidad penal, provoca perplejidad: ¿a qué tipo de responsabilidad se refiere, entonces, la inviolabilidad? ¿civil?, ¿administrativa? Catala i Bas propone que se excluyan de la inviolabilidad los delitos de apología del terrorismo, la difusión de doctrinas negacionistas del genocidio y la provocación al odio, manifestándose también en contra de amparar las injurias, aunque no propone su supresión expresa¹⁹. Entonces, ¿qué excesos verbales ampara la inviolabilidad como forma de irresponsabilidad –también penal–, que nadie niega al definirla? La inviolabilidad no nació para limitar los exabruptos y la mala educación, sino para impedir la intromisión de los otros poderes en su valoración como posibles ilícitos penales.

Si las opiniones parlamentarias protegidas por la inviolabilidad tienen su límite en el Código Penal, entonces se corresponden lisa y llanamente con lo amparado por la libertad de expresión que pueden ejercer todos los ciudadanos (y los parlamentarios fuera de la Cámara), de manera que esta vía interpretativa lleva irremisiblemente a vaciar de contenido la inviolabilidad parlamentaria.²⁰

Por tanto, la inviolabilidad parlamentaria ampara las opiniones delictivas, porque equivale a la irresponsabilidad jurídica y no puede estar

¹⁸ Argumento utilizado por LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Las garantías parlamentarias...», p. 143

¹⁹ CATALA I BAS, «La inviolabilidad...», cit., pp. 164 y 166, citando los arts. 510, 578 y 607.2 del CP. Este trabajo está publicado en 2003, por lo que se refiere al articulado vigente en aquel momento, que ya no se corresponde con el actual en lo que se refiere al art. 607.2, suprimido por la LO 5/2010 de reforma del CP. También propone limitaciones de la inviolabilidad, MARTÍNEZ ELIPE, L., «Reflexiones...», cit. p. 37.

²⁰ FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *La inviolabilidad...*, cit. p. 33, relaciona la inviolabilidad con la libertad de expresión intuyendo que no pueden ser absolutamente equivalentes porque el parlamentario la ejerce «de manera diversa al resto de los ciudadanos» y «casi absoluta», pero se resiste a concluir la irresponsabilidad completa.

sometida en cada caso a la ponderación de los complejos límites de la libertad de expresión. Huelga recordar los debates judiciales surgidos en torno a los límites de las injurias, la apología o el mismo delito de difusión del negacionismo del genocidio que fue objeto de una STC 235/2007 declarando parcialmente inconstitucional el anterior art. 607.2 CP, o las discrepancias incluso en el seno del TC sobre los límites del delito de injurias a la Corona (STC 177/2015 denegando amparo con los votos discrepantes de la Magistrada Asúa y el Magistrado Xiol). Recientemente se han producido dos sentencias sobre unas expresiones prácticamente idénticas que en un caso se condenan y en otro se absuelven como delito de escarnio de sentimientos religiosos²¹. Todo ello no puede trasladarse a los límites del discurso parlamentario remitiendo su solución a las decisiones judiciales que, dicho sea de paso, no siempre siguen criterios uniformes.

En mi opinión, los difusos límites de las normas penales en estas materias, constituyen también un argumento en contra de concebir esta prerrogativa como una causa de justificación²² que, en su caso, debería suponer la apertura de un procedimiento penal para declarar su concurrencia, en el que debería ser probada por el parlamentario que la alegara. Procedimiento penal que además, debería contar con la autorización de la Cámara para ser abierto, en aplicación de la inmunidad. En suma, los límites materiales a la inviolabilidad basados en el concepto de «opinión» o en su equiparación a la libertad de expresión, terminan por confundirla con la inmunidad, lo que permite mantener la interpretación restrictiva que promueve el TC en los límites formales del ejercicio de la función.

Ello no impide considerar que, con el amparo de la inviolabilidad, se emitan opiniones que abusen de la prerrogativa, por ejemplo, perjudicando el honor de terceros. Tales comportamientos, junto a expresiones contrarias al «decoro» de la Cámara, pueden encontrar como respuesta el ejercicio de la potestad disciplinaria interna al propio Parlamento, ejercida por los Presidentes de las Cámaras²³ (lo que es admitido en la

²¹ Me refiero a manifestaciones callejeras en las que se simulaban satíricamente procesiones religiosas en el marco del debate sobre el aborto, que pueden considerarse objetivamente ofensivas, pero que la Sentencia del Juez Penal de Sevilla de 9 de octubre de 2019 consideró amparadas por la libertad de expresión, mientras que el Juez de Málaga en sentencia de 10 de noviembre de 2020 condenó como delito de escarnio del art. 525 del CP. En el momento de cerrar estas páginas no se han resuelto aun los recursos ante las mismas, pero la discrepancia ya producida ilustra lo resbaladizo de la valoración a que nos referimos.

²² Como mantuvo en la primera doctrina postconstitucional GÓMEZ BENÍTEZ, «La inviolabilidad...», p. 66.

²³ Así, FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *La inviolabilidad...*, cit. pp. 38 y 60 y ss.

STC 78/2016) mediante la llamada al orden que puede derivar en expulsión de la sesión y prohibición de asistencia a la siguiente (arts. 100 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados)²⁴.

3. *La colisión institucional: los casos de los Parlamentos del País Vasco y de Cataluña*

Este tema resultaría incompleto sin una mención a dos asuntos recientes de clara colisión entre el poder legislativo y el poder judicial que han puesto a prueba la inviolabilidad parlamentaria. Me refiero a la condena por delito de desobediencia a la Mesa del Parlamento Vasco, incluido su Presidente (STS 6607/2006) y por delito de sedición a la Presidenta del Parlamento catalán (STS 459/2019). La primera fue anulada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (13 de junio de 2017), pero por una cuestión no afectante a la inviolabilidad parlamentaria²⁵. En ninguna de las primeras teorizaciones doctrinales sobre esta institución constitucional se había imaginado la posibilidad de que fuera alegada en conflictos políticos de tal calibre: en el caso vasco por la negativa de su Parlamento a disolver el Grupo Parlamentario de Herri Batasuna, formación política que había sido declarada ilegal (por tanto, se planteaba la negativa a la ejecución de una sentencia) y en el caso catalán, por la tramitación –en contra de resoluciones del Tribunal Constitucional– de leyes que se basaban en la secesión respecto del ordenamiento jurídico español.

Ambas sentencias del TS acuden al argumento de negar la condición de «acto parlamentario» a las decisiones adoptadas por las Mesas de la Cámara, lo que supone una perspectiva distinta a las expuestas hasta aquí y el establecimiento de un límite material a la inviolabilidad que va más allá de la limitación formal de las funciones a aquellas que desempeñan las Cámaras cuando están reunidas.

En la STS 6607/2006 sobre el caso vasco, se niega la condición de acto parlamentario a la decisión de no ejecutar una sentencia firme: «... en el caso enjuiciado, el objeto de la decisión de los parlamentarios

²⁴ SOLE TURA/APARICIO PÉREZ, en *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 1984, pp. 69 y ss.

²⁵ El TEDH consideró que la sentencia del TS que condenó a los parlamentarios vascos infringía el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque habían sido condenados sin ser oídos en vista pública, ya que la Sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi los había absuelto.

imputados se limitaba a la manera de dar cumplimiento a lo resuelto en una sentencia firme que afectaba a la disolución de un grupo parlamentario... no consistía en un puro acto parlamentario de naturaleza política...». En la STS 459/2019 sobre el caso catalán, se afirma que «... el acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en un vehículo para desobedecer lo resuelto por el Tribunal Constitucional, no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad», añadiéndose que, pese a estar expresándose una opinión, «... esa opinión no tiene conexión alguna con el ejercicio de sus funciones...»

En suma, ambas sentencias añaden a los límites formales de tiempo y espacio antes enunciados, la consideración de si el acto, como tal, puede ser considerado como un acto parlamentario propio de las funciones de los Parlamentos (legislativa, presupuestaria y de control al Gobierno). Tal ampliación de los límites de la inviolabilidad requeriría un desarrollo mucho más amplio, pero creo exigible una breve consideración.

En primer lugar, obsérvese que en ambos casos, el límite establecido para la inviolabilidad no es la ley penal o la comisión de delitos en general, sino la del delito concreto de desobediencia a un mandato procedente del poder judicial: la inviolabilidad puede amparar la comisión de un delito –porque consiste en la absoluta irresponsabilidad– pero tiene su límite en el obligado cumplimiento de las decisiones judiciales (incluyendo aquí las del Tribunal Constitucional). La línea divisoria es finísima: la inviolabilidad nace para que el poder judicial no pueda intervenir exigiendo responsabilidad de manera que se altere la formación de la voluntad de la Cámara, pero ésta no puede manifestarse en contra de decisiones judiciales *que ya se han producido*. La Cámara se blindada ante la intromisión del poder judicial, con el límite en la misma expresión del ejercicio del poder judicial que actúa como elemento de cierre.

A mi juicio, en el caso vasco había más posibilidades de apreciar la inviolabilidad, como demuestra el hecho de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2005 –recurrida por la turbia organización «Manos Limpias»– hubiera absuelto a los parlamentarios considerando que habían actuado en el ejercicio de su función. Es cierto que no ejercían funciones legislativas en ese momento, pero la sentencia judicial que se negaban a ejecutar no afectaba a lo que era su contenido esencial –la ilegalización de un partido político–, sino a una de sus consecuencias, esto es, la disolución de un

Grupo Parlamentario, órgano propio de la Cámara cuya autonomía pretendían defender, lo que se encuentra más próximo al fundamento de la inviolabilidad y, en todo caso, tenía efectos solo en el tiempo restante de la legislatura. Sin embargo, la STS 6607/2006 excluyó la prerrogativa atendiendo precisamente al carácter interno del acto de la Mesa que se enjuicia.

En cambio, en el caso catalán, aunque también se concretara en una desobediencia a un mandato de un tribunal (en este caso, el Tribunal Constitucional), lo cierto es que con el contenido de las decisiones desobedientes se cuestionaba el ordenamiento estatal en su conjunto, lo que permitía afirmar que se situaba extramuros del mismo sistema que establecía la inviolabilidad, tanto en la CE como en el Estatuto de Autonomía. Cuestión distinta es si la extraordinaria dimensión política del proceso penal en este caso, podía aconsejar una interpretación más generosa de la inviolabilidad que permitiera excluir el ámbito parlamentario de un conflicto penal inevitable²⁶, aunque con espacios de interpretación como éste que permitían reducir sus dimensiones.

4. *La voluntad de la Cámara, hoy y la supervivencia de la inviolabilidad*

Resulta obvio que la realidad política y parlamentaria actual es radicalmente distinta a la que conocieron los primeros parlamentos surgidos en el nacimiento del Estado moderno. Aunque la libre formación de la voluntad de la Cámara sigue considerándose el fundamento legitimador de la inviolabilidad del parlamentario individual, lo cierto es que tal proceso de formación de la voluntad no puede entenderse hoy sin la concurrencia de dos elementos: el predominio de unos sujetos colectivos como son los partidos políticos, y el traslado del debate político a los medios de comunicación.

Respecto a los primeros, alguien tan poco sospechoso de relegar la realidad jurídica frente a la política como Kelsen, afirmó que el ideal de «interés colectivo superior a los intereses de grupo y, por consiguiente,

²⁶ A esa posible interpretación «generosa» me referí en el breve apunte «La vía penal en el conflicto catalán: de la última ratio a la única respuesta», en el blog del Instituto de Derecho Público (idpbarcelona.net) del 12 de enero de 2017. La generosidad propuesta entonces pretendía limitar las dimensiones del proceso penal sin ignorar la comisión de delitos por parte de políticos no parlamentarios, porque, sin entrar en la procedencia de estimar los delitos de rebelión o sedición, la existencia de desobediencia me parece evidente.

«suprapartidista» [...] viene a ser una ilusión metafísica o mejor, «metapolítica» que suele [...] contraponerse al llamado «Estado de partidos» esto es, a la democracia mecánica», lo que permite referirse a la representación como una ficción necesaria para la formación de la voluntad del Estado²⁷. El Estado de partidos y la democracia de partidos han sido destacados igualmente por la doctrina moderna como nuevo marco fáctico en el que valorar la necesidad de las prerrogativas parlamentarias²⁸, si bien ello parece afectar más a la supervivencia de la inmunidad que a la de la inviolabilidad.

En efecto, en el modelo que conocemos de democracia representativa, los partidos políticos desempeñan una función de intermediación entre los representantes elegidos y los electores representados, en los que el parlamentario se convierte en agente del partido y cede todo su protagonismo al grupo parlamentario²⁹. Consecuentemente, el papel del discurso individual en la Cámara y en la formación de su voluntad también es distinto al desempeñado en el siglo XIX, sin que ello suponga afirmar que entonces el procedimiento era angélicamente independiente de intereses extraparlamentarios, en una sociedad con fuerte presencia del caciquismo y sin mandato democrático en términos actuales por la ausencia de sufragio universal.

Actualmente, en la inmensa mayoría de los casos, las decisiones adoptadas en dichos órganos se han formado previamente –y fuera de las reuniones reglamentariamente convocadas– mediante la negociación entre los grupos parlamentarios con el mencionado predominio de los partidos. En otras palabras, el discurso inviolable del parlamentario no se dirige a «convencer» a sus adversarios para llegar a una decisión común, sino, en el mejor de los casos, a ratificar lo previamente acordado. Y la sociedad mediática ha propiciado que cuando los discursos se recogen en los medios de comunicación, su principal destinatario no sea la Cámara, sino los electores y posibles electores, a los que se busca convencer de las bondades de la opción política en cuestión, esto es, se destinan a la propaganda política. Ello explica el conocido fenómeno por el que los discursos parlamentarios elevan su tono y se alejan de las propuestas políticas de modo directamente proporcional a la difusión mediática de la reunión.

²⁷ Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia* (Traducción de la segunda edición alemana de Luengo Tapia y Legaz Lacambra), Ed. Labor, 1934, pp. 42 y 53.

²⁸ Así, GARCÍA LÓPEZ, E., «Crisis jurídica y crisis política...», cit. pp. 91 y ss.

²⁹ GARCÍA LÓPEZ, E., «Crisis jurídica y crisis política...», cit. p. 105.

Por otra parte, la desconfianza hacia al poder judicial que mantenían los primeros parlamentos partía, como se ha dicho, de su dependencia respecto del Monarca en una fase temprana de la separación de poderes. En el momento actual, pese a las frecuentes críticas políticas a la falta de independencia judicial y a la politización del CGPJ, ello se dirige al sesgo ideológico que presentan algunas decisiones judiciales y no tanto a la intromisión directa de miembros del poder ejecutivo sobre las mismas. Es decir, –con mayor o menor razón–, se critica, en realidad, la falta de imparcialidad en la adopción de algunas decisiones judiciales cuando parecen marcadas por un color político. En todo caso, la independencia orgánica de los Tribunales en la actualidad no es comparable a la situación decimonónica.

¿Significa lo anterior que la inviolabilidad parlamentaria ha perdido su sentido y debe ser eliminada?³⁰ A mi juicio resultaría perjudicial alcanzar tal conclusión. Las mismas características de la sociedad mediática que en cierta forma, pervierten el valor del discurso público parlamentario, aconsejan mantener dicho discurso al margen de la intervención punitiva.

Es cierto que las reuniones no protegidas por la inviolabilidad en las que se adoptan los acuerdos suelen ser prácticamente secretas y por tanto, el daño que pueda hacerse en ellas es relativo. Pero, me parecen preocupantes las consecuencias de someter los discursos públicos pronunciados en las reuniones de las Cámaras a la valoración *judicial* de su carácter delictivo en materias tan sensibles como las planteadas por las opiniones. Por acudir a ejemplos recientes externos a las Cámaras, el bienintencionado art. 510 del CP por el que se incrimina el discurso provocador de odio a determinados grupos vulnerables, en momentos de incremento de la conflictividad política ha conocido un auténtico festival de querellas y denuncias cruzadas desde distintos sectores de la opinión pública –y política–, que han alcanzado desde los mensajes contrarios a las políticas sobre transgénero lanzados desde un autobús, hasta las chirigotas del Carnaval de Cádiz.

Con ello no me refiero solo a lo difuso de los límites de algunos tipos penales, sino a lo que ya se conoce como *judicialización de la política*, fenómeno preocupante que deriva los conflictos políticos a los Tribunales colocándolos bajo los focos de una opinión publicada que solo esta-

³⁰ CATALA i BAS, «La prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria de nuevo en la encrucijada ante su reafirmación o su desvirtuación», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, 2018, *passim*, vincula las actuales características de la vida parlamentaria a la necesidad de revisión de la inviolabilidad.

rá conforme con la solución judicial si favorece a su sector de opinión. Trasladarlo a las opiniones en sede parlamentaria no beneficiaría en nada a la función legislativa, sino que incrementaría su desprestigio mediático y el del poder judicial que ya se produce ahora siempre que se le demandan soluciones a controversias políticas en las que, casi por definición, no podrán contentar a todos.

En suma, los cada vez más frecuentes exabruptos pronunciados en sede parlamentaria conducen a un serio desprestigio de la política, pero pretender –según inveterada costumbre patria–, atajarlos por vía penal no solo no está autorizado por la CE, sino que resultaría un remedio peor que la enfermedad. Convertiría a las Cámaras en un escenario de querellas cruzadas aún más lamentable que los conflictos verbales actuales que, con un poco de suerte, tienen una vida efímera en los medios y obligaría a los jueces a pronunciarse sobre rifirrafes propagandísticos, asumiendo la desafección que ello pueda provocarles. Y, en todo caso, para una intervención judicial de tal naturaleza entraría en escena el instituto de la inmunidad al que me referiré a continuación.

III. La inmunidad parlamentaria

1. Sobre la protección de la presencia en la Cámara

En el caso de la inmunidad, la protección de la voluntad de la Cámara se lleva a cabo asegurando la presencia de los parlamentarios en sus reuniones. Por ello se veta su detención (salvo en caso de flagrante delito) y su procesamiento sin la autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE). Razones de espacio impiden aquí una exposición detallada de los problemas que plantea por lo que me limitaré a recordar algunas cuestiones y plantear su futuro.

En primer lugar, es conocida la doctrina del TC estableciendo la interpretación restrictiva de la inmunidad, según la cual: a) ésta solo puede mantenerse como instrumento de protección de la función de la Cámara frente a una posible instrumentalización política del proceso penal; b) solo puede denegarse la autorización para proceder si tras la acusación penal se percibe un intento de alterar la composición o el funcionamiento de la Cámara y, c) las Cámaras deben motivar el acuerdo que adopten, valorando explícitamente la oportunidad de la deci-

sión (SSTC 90/1985, 206/1992)³¹. Asimismo, la STC 9/1990 anuló la extensión de la inmunidad a las demandas de protección civil del honor que se había intentado con la Ley 3/1985.

Tal concepción restrictiva no ha detenido las críticas doctrinales a la institución que van desde la denuncia de su excesiva amplitud³², especialmente por alcanzar actos ajenos al cargo³³, su contenido de auto-defensa corporativa de los miembros de las Cámaras³⁴ e incluso, su papel en la tolerancia de comportamientos ilícitos³⁵.

Desde luego, la supresión de la inmunidad parlamentaria requeriría una reforma constitucional, pero sin perjuicio de recordarlo, cabe formular algunas consideraciones sobre su necesidad actual y las posibilidades de su reforma.

Para empezar, puede convenirse en que las actuales posibilidades tecnológicas permiten participar en los debates parlamentarios e incluso en las votaciones sin necesidad de que el parlamentario se encuentre físicamente en el recinto de la Cámara, lo que anula la necesidad de asegurar dicha presencia mediante la inmunidad. En cuanto a la autorización del procesamiento y la pretensión de vetar querellas o denuncias inspiradas por la intención política de alterar la composición de la Cámara, parece que tal alteración solo se produciría si, una vez celebrado el juicio, recayera una sentencia condenatoria que llevara aparejada la pena de inhabilitación del cargo de parlamentario. Hasta entonces, al amparo de la presunción de inocencia, el parlamentario puede seguir votando incluso a distancia y cabe reconocer que el desarrollo de todo el proceso contiene las suficientes garantías propias del derecho de defensa como para impedir el uso torticero de la imputación penal. En suma, si no hay confianza hacia el poder judicial, menos razones hay para confiar en la imparcialidad de las Cámaras si se trata de blindar a uno de sus miembros.

³¹ Así resumido en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2019, p. 173. En la doctrina penal véase también, MAQUEDA ABREU, M. L., «Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1988-89, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 239 y ss. DUQUE VILLANUEVA/MAROTO Y VILLAREJO, «La vigencia de la ley penal y la inmunidad parlamentaria», en *Revista Jurídica* (Universidad Autónoma de Madrid), 2006, pp. 50 y ss.

³² Puede verse un resumen de las principales críticas en MARTÍNEZ ELIPE, «Reflexiones...», cit., p. 64.

³³ Entre otros, MAQUEDA ABREU, «Fundamento...», cit. p. 259.

³⁴ SOLE TURA/APARICIO PÉREZ, *Las cortes...*, cit. p. 67.

³⁵ Aunque las prerrogativas no nacen para ocultar la corrupción política, históricamente han podido servir a proteger a sus autores, GARCÍA ARAN, M., «La persecución penal de la corrupción en España», en De Riquer/Perez Francesch/Rubi (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea*, Marcial Pons, 2018, p. 361.

2. *Sobre la necesidad de la inmunidad si se establecen límites materiales a la inviolabilidad*

En el apartado anterior se han recogido algunas tendencias a restringir la inviolabilidad parlamentaria incorporando límites materiales como la perseguibilidad de opiniones en reuniones regulares de las Cámaras cuando puedan ser constitutivas de delitos, cuyos difusos límites pueden terminar por desdibujar los límites de la inviolabilidad y dejarla totalmente en manos del poder judicial. Insistiendo en las críticas que ello me merece, creo también que de consolidarse tal tendencia, probablemente la inmunidad recuperaría parte de su sentido, hoy cuestionado doctrinalmente

De producirse imputaciones penales por opiniones manifestadas en ejercicio de la función parlamentaria, existen argumentos para mantener las facultades de la Cámara autorizando o denegando el proceso penal contra uno de sus miembros, en tanto en cuanto afecta a los límites de la prerrogativa material en que consiste la inviolabilidad. Si no se mantuviera la inmunidad para tales casos, toda la decisión del control del discurso parlamentario recaería sobre el poder judicial quebrando el equilibrio que se pretende con la inviolabilidad.

En suma, una restricción de la actual amplitud de la inmunidad podría venir dada por limitarla a la imputación de delitos que supongan un cuestionamiento de la inviolabilidad. Sin embargo, ello no resulta necesario si ésta sigue entendiéndose como irresponsabilidad absoluta siempre que se trate de reuniones regulares de las Cámaras, porque el carácter formal de los únicos límites evita entrar a valorar los comportamientos concretos.

Cuestión distinta son los casos planteados en el País Vasco y Cataluña respecto del concepto de «acto parlamentario», que hasta ahora han solucionado los Tribunales porque en los Parlamentos autonómicos no está prevista la inmunidad. Aquí no se trata ya de la posible responsabilidad penal de un parlamentario, sino de una confrontación institucional de hondo calado, en la que si bien deben preverse soluciones jurídicas, ninguna es plenamente satisfactoria. Si se acude a la inmunidad para preservar la autonomía de la Cámara, debe reconocerse que en casos de confrontación institucional como los descritos, desempeñaría una función escasa puesto que resulta poco verosímil que una Cámara conceda el suplicatorio si lo que se está discutiendo es su propia autonomía. En cambio, la solución judicial actual constituye una real posibilidad de control externo. Sin embargo, teniendo en cuenta que

solo el Tribunal Constitucional puede corregir las actuaciones legislativas, su competencia situada fuera de la responsabilidad penal, resulta menos problemática.

3. *Sobre algunas posibles reformas*

Paralelamente al debate anterior, existen dos reformas impescindibles en cuestiones que ya han sido denunciadas por la doctrina y que afectan a la denegación del suplicatorio por parte de la Cámara. Lo primero es el hecho de que se interprete tal denegación como determinante del sobreseimiento definitivo del proceso penal sin que, a mi juicio, exista nada en la LECrim que obligue a ello: su artículo 754 establece el sobreseimiento para el parlamentario y la continuación de la causa para el resto de intervinientes si los hubiere, pero ello no encaja en ninguno de los supuestos del sobreseimiento libre del art. 637.3 LECrim ni del provisional en el art. 641 del mismo cuerpo legal.

La declaración de sobreseimiento libre se basa en el art. 7 de la Ley sobre competencia para conocer de las causas contra Senadores y Diputados de 9 de febrero de 1912 que así lo declara, lo que es criticado ampliamente porque hace equivaler la denegación del suplicatorio a una sentencia absolutoria³⁶ e incluso inconstitucional por un nutrido sector³⁷. En mi opinión, la contradicción del sobreseimiento definitivo con el carácter temporal de la inmunidad en la CE y su absoluto apartamiento de la protección exclusiva de las Cámaras es tan evidente que no debería existir inconveniente en considerar la Ley de 1912 inconstitucional en aplicación del punto 3 de la Disposición derogatoria de la Constitución. Ello debería llevar al sobreseimiento provisional, (lo que además debería aclararse en el art. 641 LECrim) sin que, en mi opinión, se consideraran transcurridos los plazos de prescripción del delito.

La segunda reforma abordable es la de los arts. 22.5 del Reglamento del Congreso y 14.2 del Reglamento del Senado por los que el silencio de las Cámaras ante el suplicatorio debe entenderse denegatorio de la autorización para proceder. Ello no solo ha sido objeto de justificadas críticas doctrinales³⁸, sino que resulta totalmente contradictorio con la

³⁶ MURILLO DE LA CUEVA, «Las garantías...», cit. p. 149, nota 16. Con amplia cita doctrinal, DUQUE VILLANUEVA/MAROTO Y VILLAREJO, «La vigencia...», cit., pp. 65-67.

³⁷ Entre otros, FERNÁNDEZ VIAGAS, *La inviolabilidad...*, cit. p. 110. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inviolabilidad e inmunidad...», cit. pp. 850-851.

³⁸ DUQUE VILLANUEVA/DÍAZ MAROTO, «La vigencia...», cit. p. 60.

obligación de motivar la denegación que ha impuesto el TC en la jurisprudencia arriba citada.

En suma, regresando al planteamiento inicial de estas páginas: las características de los Parlamentos democráticos actuales permiten un replanteamiento de la formación de la voluntad de las Cámaras como legitimación de sus prerrogativas pero no eliminan totalmente su necesidad. Si en el siglo XIX se justificaban por una aún deficiente separación de poderes –que auguraba intromisiones del poder ejecutivo–, ahora es el mantenimiento de tal división una vez evolucionada la que permite seguir defendiendo espacios del poder legislativo impermeables al poder judicial. Ello refuerza la existencia de la inviolabilidad y relativiza o elimina de la de la inmunidad que, de mantenerse, debería limitarse en los términos expuestos.

LAS RECOMPENSAS ECONÓMICAS AL ALERTADOR (*WHISTLEBLOWER*). ¿LÍMITE INFRANQUEABLE O JUSTA CONTRAPRESTACIÓN?

BEATRIZ GARCÍA-MORENO

Investigadora. Área de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

El fomento de la alerta (o *whistleblowing*) se ha convertido en una de las herramientas preferidas por los legisladores para luchar contra la criminalidad económica. Fomentar las denuncias entre los empleados de las empresas y las administraciones públicas se ha revelado como una de las vías más eficaces para descubrir e investigar las infracciones que se cometen en ellas¹. La reciente Directiva (UE) 2019/1937, de protección de denunciantes², que obliga a crear canales de denuncia en buena parte de las entidades públicas y privadas de los Estados miembros y que establece importantes medidas de protección para quienes los usen, constata una apuesta definitiva por estas estrategias político-criminales que se encuentran, *a priori*, alejadas de la tradición jurídica de nuestro país y de la de nuestro entorno.

Uno de los aspectos más controvertidos en la regulación de este mecanismo es el empleo de recompensas económicas para incrementar el número de alertas recibidas y maximizar así su efectividad. Se trata de una fórmula aún con escaso seguimiento en el derecho comparado pero que en EE.UU. ha logrado unos resultados notables: la *Securities Exchan-*

¹ Un análisis en profundidad sobre el concepto de *whistleblower* se encuentra en GARCÍA-MORENO, B.: *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 63-107.

² Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, DOUE L 305/17 de 22 de noviembre de 2019.

ge *Commision* ha conseguido imponer más de 2 mil millones de dólares en sanciones desde la puesta en marcha de su sistema de recompensas en 2010³ y la administración tributaria (IRS) recaudó solo en 2020 cerca de 470 millones de dólares gracias al suyo⁴. A pesar de ello, por el momento, esta posibilidad no ha generado un gran entusiasmo entre otros legisladores. La UE, por su parte, ha dejado pasar la oportunidad de regular este aspecto en la Directiva 2019/1937, evitando incluso introducir una disposición como la que existe en el Reglamento 596/2014 sobre el abuso de mercado, que simplemente reconoce a los Estados la posibilidad prever incentivos económicos para quienes, sin estar obligados a hacerlo, denuncien las prácticas irregulares (art. 32)⁵.

El *whistleblowing*, en general, acusa el estigma que ha acompañado tradicionalmente a las conductas relacionadas con la delación y probablemente ello explica al menos en parte las reticencias a establecer premios para quien lo realiza. Denunciar las infracciones cometidas por otra persona, aun estando permitido o incentivado por la ley, está lejos de considerarse un comportamiento socialmente bien valorado. Bien al contrario, este tipo de actuaciones han venido habitualmente acompañadas de un profundo reproche ético y social, probablemente a consecuencia de la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes como la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, con los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros⁶. El reproche social, en el

³ 2019 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, p. 1. Disponible online: <https://www.sec.gov/files/sec-2019-annual%20report-whistleblower%20program.pdf> (último acceso 14-02-2021).

⁴ IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2020. Annual Report to the Congress. Los informes correspondientes a todas las anualidades consultarse online: <https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports> (último acceso 14-02-2021).

⁵ Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE L 173/1 de 12 de junio de 2014.

⁶ Si bien este hecho ha venido motivado por diversas circunstancias –Ortiz Pradillo localiza su origen en los propios textos bíblicos– puede presumirse que la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes ha sido en buena medida responsable de este estigma. El fomento de la delación a través de prácticas intimidatorias –que llegaban a castigar como cómplice de un delito a quien, conociéndolo, no lo hubiera denunciado– y la presunción de veracidad de las acusaciones formuladas aun cuando se hubieran realizado de forma anónima o por sujetos con algún tipo de animadversión hacia el acusado, fueron señas de identidad de los sistemas de vigilancia y enforcement del Tribunal de la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, también de los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros. De la mano del macartismo, esta percepción negativa de la delación alcanzó incluso los EE.UU., donde la participación privada en la persecución de infracciones estaba institucionalizada desde los momentos de formación de este país. Ortiz Pradillo señala al respecto «El origen

caso del *whistleblowing*, se intensifica al proceder la denuncia de un miembro de la empresa u organización. La actuación del alertador es considerada por muchos una actuación de deslealtad, una traición a la entidad que le proporciona su medio de vida. Si la alerta desinteresada es ya en muchos casos percibida como un acto de deslealtad frente a la organización para la que el denunciante trabaja, la actuación de quien se decide a denunciar a cambio de una recompensa económica suscita aún mayores recelos. En la evaluación de impacto que acompañaba a la propuesta de Directiva se podía leer, incluso, que el empleo de recompensas hace que la denuncia parezca una transacción comercial y que ello podría desacreditar a los denunciantes en general⁷.

Pero, ¿verdaderamente desacredita al alertador el hecho de actuar a cambio de una recompensa? ¿El uso de recompensas económicas tiene cabida en el ordenamiento jurídico español? ¿Excluye el beneficio personal el interés del Estado y de la UE en la detección de infracciones? A estas cuestiones tratará de dar respuesta este trabajo, realizando una necesaria reflexión sobre las razones que se encuentran detrás de esta nueva tendencia legislativa de fomentar la denuncia y sobre la conveniencia de premiar a estos colaboradores de la justicia.

II. La utilidad de la alerta en la detección de infracciones corporativas

En el Derecho penal español y, en general, en el de todos los países pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law*, el papel de los infor-

de la delación se remonta a la propia existencia del ser humano desde el propio pecado original, pues Adán delató a Eva, y ésta a la serpiente. Y resulta que el delator premiado más famoso de la historia de la humanidad es quizás Judas Iscariote, quien recibió de los sacerdotes treinta monedas de plata a cambio de traicionar a su líder». Vid. ORTIZ PRADILLO, J. C.: «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 42. Del mismo autor: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp 49 y ss. Respecto a los familiares de la Inquisición, vid. CERRILLO CRUZ, G.: «Aproximación al estatuto jurídico de los familiares de la Inquisición española», *Manuscripts. Revista d'història moderna*, núm. 17, 1999, pp. 141-158.

⁷ No se trata del único argumento esgrimido en el documento. Junto a lo anterior, se señala también en la evaluación de impacto un argumento de legalidad: la incompatibilidad de las recompensas económicas con la jurisprudencia del TEDH, según la cual la denuncia de irregularidades motivada por la expectativa de obtener un beneficio personal, incluido un beneficio pecuniario, no justificaría un nivel de protección especial. Esta cuestión, también de gran interés, no será abordada en este trabajo. Vid. Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Accompanying the document. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 5.1.5.

mantes o delatores ha sido muy limitado⁸. El Estado ha preferido ejercer el *ius puniendi* confiando exclusivamente en sus propios medios, a diferencia de lo que ha ocurrido en el derecho anglosajón, donde algunas instituciones de colaboración público-privada como las acciones *qui tam*⁹ gozan de un profundo arraigo.

La lucha contra la criminalidad económica ha supuesto, sin embargo, un cambio de paradigma en este sentido. La colaboración privada se ha demostrado esencial en la persecución de este tipo de infracciones especialmente en las últimas décadas, en las que los factores criminógenos presentes en la actividad del mercado y de las propias corporaciones se han visto favorecidos por diversas coyunturas. En particular, el proceso globalizador y el crecimiento en tamaño y capacidad de influencia de las empresas ha puesto a disposición de éstas un espacio de mayores dimensiones y unos medios más efectivos para el desarrollo de

⁸ La regulación de las obligaciones de denuncia en la legislación procesal penal ha sido un claro reflejo de este desinterés en fomentar la participación de los ciudadanos en la persecución de las infracciones. Estas obligaciones no tienen, en la práctica, fuerza vinculante, en algunos casos porque el precepto no prevé ninguna sanción en caso de incumplimiento, como ocurre respecto al deber de denunciar previsto en el art. 264 de la LECrim para los testigos de referencia; y, en otros, porque la sanción prevista resulta insignificante y carece de todo efecto disuasorio, como ocurre con la multa de 125 a 250 pesetas prevista cuando el testigo de referencia fuera profesional sanitario (art. 262) y de 25 a 250 pesetas cuando son testigos directos los que omiten la denuncia (art. 259). Esta tendencia tuvo su lógico reflejo en el ámbito administrativo donde la denuncia pública se ha mantenido como una de las formas de iniciación del procedimiento, pero se derogaron los escasos incentivos que los ciudadanos tenían para realizarlas. Así en 1986, apenas dos años antes de que en EE.UU. se promulgara la ley de protección de los empleados públicos que informaran sobre actividades ilícitas en la administración, en España la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado eliminó de la legislación tributaria el único incentivo económico para los informantes que había estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La evolución de esta figura en la legislación tributaria española puede consultarse con más detalle en APARICIO PÉREZ, A.: *La denuncia pública en materia tributaria. Génesis, evolución, perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20 ss. Entre las normas que reconocían al denunciante derecho a participar en la cantidad recuperada, el autor hace referencia al Reglamento para el Servicio de la Inspección e Investigación de 31 de agosto de 1892 (arts. 33-35); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 14 de septiembre de 1893 (art. 27); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 13 de octubre de 1903, modificado por el RD de 22 de septiembre de 1922 (art. 50); RD de 30 de marzo de 1926 por el que se aprueban las bases por las que han de guiarse la Inspección de los servicios de la Hacienda Pública y la de los Tributos en lo referente a la denuncia (Bases 35 y ss); Ley refundida del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 (art. 44); y RD 3494/1981, de 29 de diciembre, reglamento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (arts. 83 y 84).

⁹ Sobre la aparición y desarrollo de las acciones *qui tam*, vid. PRITZER, D. D.: «The qui tam doctrine: a comparative analysis of its application in the United States and the British Commonwealth», *Texas International Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 1972, p. 418; vid. también, RADZINOWICZ, L.: *A History of English Criminal law and its Administration*, vol. 2, Macmillan Company, 1957, pp. 142 y ss; HELMER, J. B. Jr./NEFF, R. C. Jr.: «War stories. A History of the Qui Tam provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and their application in the United States ex rel. Gravittv. General Electric Co. Litigation», *Ohio Northern University Law Review*, vol. 18, núm. 35, 1991, p. 37.

sus actividades lícitas, pero también de las ilícitas, y en la misma medida ha complicado la labor fiscalizadora del Estado sobre éstas. La aparición de grandes organizaciones, de compleja estructura y actividad transnacional ha significado en la práctica un incremento sustancial de las dificultades para la prevención, el descubrimiento y la efectiva punición de los comportamientos ilícitos ocurridos en el seno de las organizaciones. Ha sido en este contexto en el que ha tenido lugar la proliferación de políticas de fomento del *whistleblowing*, que no busca sino aumentar los recursos del Estado en la tarea de detección e investigación de infracciones, sumando a sus filas a los trabajadores de las empresas y administraciones públicas.

La criminalidad corporativa representa un importante desafío para el sistema de justicia entre otras razones por su naturaleza asociativa u organizacional, es decir, porque se trata de infracciones ideadas y ejecutadas al amparo de un grupo estructurado y jerarquizado y que cuenta con recursos humanos y materiales para perpetrar el delito y para ocultarlo. La detección e investigación de actividades ilícitas se hace así más compleja para los agentes estatales y las estrategias de *enforcement* deben también adaptarse a ello.

En el ámbito del crimen organizado –paradigma de la criminalidad asociativa–, la colaboración de informantes se ha desvelado como una de las fórmulas más eficaces. La lógica es simple: quienes se encuentran en contacto directo con la actividad de las organizaciones gozan de una posición privilegiada para conocer información que para terceros, y en particular para las autoridades, resulta difícilmente accesible. Por ello, las estrategias para combatir la criminalidad organizada se han basado en contar dentro del grupo criminal con un colaborador, bien que ya pertenecieran a éste o que ya tuviera contacto directo con él (confidentes) bien introduciéndolo *ex profeso* en la organización (agentes infiltrados)¹⁰. Respecto a estas figuras, García-Fustel señalaba que su creación ha respondido a «la necesidad de acceder a una información solo disponible en el seno de los conflictivos, dispersos y muy restringidos círculos de las estructuras, redes y células en las que se articula el cri-

¹⁰ Sobre la figura del confidente, y las diferencia con el agente infiltrado, *vid.* GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J.: «Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil», ponencia impartida en el seminario de formación continuada *La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente*, organizado por la FGE y celebrado el 2 de junio de 2016. El texto de la ponencia se encuentra disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20Garc%C3%ADa-Fustel%20Gonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BA.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197 (último acceso 14-02-2021).

men organizado»¹¹. Este tipo de estrategias, además, no solo permite obtener información sobre hechos delictivos concretos, sino que también puede ofrecer datos relevantes sobre los miembros del grupo criminal, su estructura e incluso sobre su *modus operandi*, que ayuden a prevenir futuros delitos y a desarticular la organización.

Por las mismas razones, una aproximación similar resulta muy útil en la lucha contra la criminalidad corporativa. Las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad de una empresa o incluso de una organización pública, no son obra de un individuo que actúa de forma autónoma e independiente, sino que tienen lugar al amparo de la organización, que justifica y favorece la comisión de ese hecho¹². Igual que ocurre en la criminalidad organizada, las infracciones corporativas se producen en el marco de la actividad de un grupo de personas, que se relacionan también bajo premisas de lealtad y confianza, y que actúan en connivencia con la política criminógena de la organización a la que pertenecen, liderada por la dirección de la entidad pero comúnmente aceptada y ejecutada por sus miembros. El empleo de sobornos, la realización de vertidos contaminantes en ríos o el uso indebido de datos personales con fines comerciales pueden ser buenos ejemplos de lo anterior: el ejecutor de estas acciones será lógicamente un miembro –o varios– de la organización pero su actuación solo se entiende si se enmarca dentro una política corporativa y se encaja su papel en el sistema de división de trabajo y la jerarquía de la organización.

En este ámbito, contar con un colaborador dentro de la organización resulta muy valioso, pues pone a disposición de las autoridades una fuente de información de primera mano que permite ubicar la infracción en el grueso de la actividad lícita de la organización, y dirigir la investigación de forma más precisa, identificando las transacciones, registros u otro tipo de documentos que pueden ser relevantes para la investigación, evitando el procesamiento de aquellos miembros de la organización que no estuvieran involucrados en los hechos e identificando a otras entidades o sujetos que tuvieran algún tipo de implicación.

En el caso de las organizaciones de economía legal, en las empresas, sin embargo, la fórmula de los confidentes y los agentes infiltrados no resulta adecuada tal y como está planteada respecto de las organizaciones criminales. En éstas, las autoridades recurren a la colaboración de

¹¹ *Ibidem*, p. 3.

¹² SUTHERLAND, E. H.: *El delito de cuello blanco*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2009. NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Lustel, Madrid, 2008.

insiders precisamente porque ya tienen indicios de la actividad ilícita y la información que buscan está principalmente dirigida a la investigación de los hechos y a la desarticulación de la organización. En el ámbito corporativo, en cambio, el colaborador es ya imprescindible para detectar el delito. En las organizaciones de economía legal, las irregularidades están convenientemente camufladas entre la predominante actividad lícita de la organización, además, presentan cierta sofisticación y generalmente son difíciles de advertir por quien carece de formación específica o un conocimiento concreto del área donde se está cometiendo. Estos hechos, en la mayoría de los casos, pasarían completamente desapercibidos para reguladores y Administración de Justicia de no ser por que una persona de la organización lo comunicara. Por todo ello, reclutar un confidente en una empresa cuando ya se cuenta con indicios que justifiquen la intervención resulta una medida poco eficaz. Pero su utilización en un momento anterior, de forma prospectiva, no sería compatible con principios como el de proporcionalidad o la presunción de inocencia.

La colaboración de *insiders* en el caso de la criminalidad corporativa ha sido concebida por todo ello de una forma distinta a la de los confidentes propios de la criminalidad organizada. Se ha optado por no designar un único colaborador sino por empoderar a los individuos que operan habitualmente dentro o que tienen un contacto directo con la organización para que acudan a las autoridades en el momento en el que tengan conocimiento de alguna irregularidad. Las políticas públicas que utilizan esta estrategia optimizan los resultados de la labor fiscalizadora del Estado sobre las corporaciones, permitiéndoles multiplicar exponencialmente el número de efectivos disponibles para llevar a cabo la tarea de detección e investigación de infracciones. Quienes disponen de información relevante en este sentido, se convierten en potenciales denunciadores y, por ende, en potenciales colaboradores del sistema sancionador estatal. Pero la mejora no se produce solo desde una perspectiva cuantitativa sino también –y sobre todo– en lo que respecta a la calidad de los nuevos recursos. Los programas de fomento de alertas permiten a las autoridades contar con la colaboración de sujetos especialmente cualificados para prestar esta colaboración como pueden ser los trabajadores de la empresa, que son probablemente los mejor posicionados para identificar los riesgos y conocer las prácticas irregulares dentro de la organización, pues conocen con detalle los procedimientos y están en contacto directo con compañeros y superiores.

III. La conveniencia de emplear incentivos para fomentar la alerta

La lógica tras estas estrategias de fomento de la delación y su utilidad ha sido expuesta en el epígrafe anterior y han sido ampliamente reconocidas. De hecho, las primeras líneas de la Directiva 2019/2017 se dedican a atestiguar que las persona que trabajan para una organización pública o privada desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad corporativa por ser a menudo las que primero tienen conocimiento de ellas¹³. Toda la regulación que sigue a ese primer párrafo se construye precisamente sobre esta idea de persuadir –básicamente, ofreciendo protección– a aquellos que por se empleados o personas próximas a una organización pueden delatar las irregularidades que allí ocurren. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, que en sentencia de 6 de febrero de 2020 reconoce que con la Directiva «se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y *con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas*»¹⁴. Si el fundamento tras la regulación es eminentemente utilitarista, es decir, si se trata en definitiva de aprovechar la colaboración que presta un ciudadano en una tarea –la persecución de delitos– eminentemente pública ¿el pago de recompensas no supondría de hecho una justa contraprestación a la asistencia prestada?

El uso de incentivos es indudablemente una de las grandes controversias en torno al *whistleblowing*. *A priori*, es una dinámica que no encaja con la concepción –muy extendida– que identifica al alertador con un héroe, que lo dibuja como un ciudadano comprometido con el interés público que se arriesga a sufrir represalias. Una concepción no solo generalizada entre la opinión pública, sino también en la doctrina y en el derecho comparado. Existe una tendencia legislativa, con cierto seguimiento, que otorga relevancia a los motivos que llevan al *whistleblower* a actuar, exigiéndole para poder ser beneficiario de las medidas de protección que la revelación sea un acto esencialmente altruista, otorgando solo protección a los denunciantes que no buscan un bene-

¹³ Considerando 1.

¹⁴ La cursiva ha sido añadida por la autora. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 35/2020, de 6 de febrero.

ficio personal. Esta es, por ejemplo, la opción adoptada por la ley de lucha contra la corrupción francesa, que exige que el sujeto actúe de forma desinteresada (*de manière désintéressée et de bonne foi*)¹⁵. Sin embargo, como acabamos de exponer, el fomento de las alertas es una estrategia político-criminal con un fundamento eminentemente utilitarista: lo que se pretende a través de los alertadores es obtener de forma lícita información sobre infracciones que se cometen en una organización y que de otro modo pasarían desapercibidas para quienes tienen competencia para sancionarlas. Es decir, el Estado fomenta las alertas porque está interesado en obtener la información que está en manos de estos ciudadanos, para mejorar la detección y sanción de infracciones.

En algunos casos, los ciudadanos en posesión de información relevante se decidirán a denunciar, a proporcionar al Estado la información, de forma espontánea, movidos por sus creencias o convicciones morales. Es decir, hay sujetos que entregarán la información a las autoridades simplemente porque entienden que es lo correcto, sin necesitar ninguna contraprestación del Estado. Y, en estos casos, bastará con que la regulación se concentre en prever medidas eficaces para proteger al alertador. Éste ya está motivado y la normativa únicamente necesita asegurar que su denuncia no le reportará ninguna consecuencia negativa, como represalias laborales. Sin embargo, esto no ocurrirá siempre. La alerta no incentivada, en la que el *whistleblower* colabora con el Estado sin recibir ningún tipo de ventaja o recompensa es, en la práctica, un fenómeno limitado. Según indica un eurobarómetro sobre corrupción encargado por la Comisión Europea, solo un 18 % de las personas que conocen un caso de corrupción lo reportan¹⁶. Por eso, confiar solo en las medidas de protección implica prescindir de la colaboración de potenciales alertadores que no se encuentran por sí mismos suficientemente motivados para hacerlo. Si el Estado tiene un verdadero interés en contar con esa información para luchar contra la criminalidad corporativa, si este tipo de colaboración constituye uno de los elementos esenciales de la política criminal en un ámbito concreto, no puede simplemente confiar en que los ciudadanos se decidan a ser héroes, sino que debe crear estímulos que resulten suficientemente poderosos para todos aquellos sujetos que disponen de datos relevantes.

¹⁵ Vid. art. 6 Loi 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Vid. también, con ulteriores referencias, GARCÍA-MORENO, B., *op. cit.*, pp. 73-76.

¹⁶ Special Eurobarometer 470, October 2017. «Corruption» Report, p. 6.

Además, descartar el uso de incentivos para fomentar las alertas no solo hace que el Estado pierda la colaboración de los sujetos que solo actuarían motivados por intereses personales sino también la de aquellos ciudadanos que no comparten sus valores o su percepción sobre la corrección o incorrección de algunos comportamientos. Tal y como han constatado diversos estudios¹⁷, la percepción que tiene un sujeto de determinados hechos ilícitos o incluso del propio acto de denunciar varía en la práctica en función del tipo de infracción, el contexto social y cultural en el que se produzca o incluso la posición que ocupe el sujeto en la organización, entre otros factores. Así, por ejemplo, quien ocupa un puesto elevado en la jerarquía de la organización puede tender a alinear sus intereses con los de ésta, y a considerar que la actuación ética es la de proteger los intereses de la entidad ocultando los hechos. De la misma manera, la denuncia que se refiere a situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas es considerada una actuación ética por la mayoría, y sin embargo, el valor ético de una denuncia no es tan evidente cuando se trata de denuncias de infracciones que no causan víctimas directas, cuando se trata de irregularidades más formales, como puede ser la llevanza de una contabilidad falsa, o se perciben como una forma de operar propia del negocio, como ocurre en algunos lugares con la corrupción. Por todo ello, si no existen incentivos que resulten atractivos para quienes no comparten los valores o los intereses que busca proteger y promocionar el Estado, el círculo de potenciales colaboradores se ve en la práctica excesivamente reducido.

Al argumento utilitarista, se unen además razones de coherencia interna del propio ordenamiento jurídico-penal. El legislador, con carácter general, no desecha el testimonio de una víctima de estafa o de un delito de lesiones, por mucho que pudiera existir en ellas una lógica

¹⁷ Sobre la influencia de factores sociales, educacionales y laborales en la percepción de la alerta, *vid.* BRODY, R. G./COULTER, J. M./SUMING, L.: «The Effect of National Culture on whistleblowing perceptions», *Teaching Business Ethics*, vol. 3, núm. 4, 1999. Entre las conclusiones alcanzadas por el estudio realizado por estos autores, sobre la respuesta de estudiantes taiwaneses y estadounidenses ante un escenario de whistleblowing, señalan que la existencia de una conciencia colectiva más marcada en los estudiantes asiáticos determinó que percibieran un mayor grado de responsabilidad. También el estudio empírico realizado por Feldman y Lobel resulta muy ilustrativo. Mucho más amplio que los anteriores, muestra, por ejemplo, que la predisposición a alertar incrementa a medida que la irregularidad es más grave. También muestra la influencia del género, mostrando las mujeres una predisposición mayor a alertar que los hombres. FELDMAN, Y./LOBEL, O.: «The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality», *Texas Law Review*, vol. 88, núm. 6, mayo 2010, p. 1154. Para solucionar el problema, es decir, por realizar la alerta, que los estudiantes estadounidenses. Sobre la influencia de contexto cultural en la decisión de alertar, en este caso, en la sociedad china, *vid.* CHIU, R. K.: «Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control», *Journal of Business Ethics*, vol. 43, 2003, pp. 65-74.

animosidad, un deseo de venganza contra su agresor o la intención de obtener la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil. Si la información que proporciona es cierta y así puede corroborarse por medio de otras pruebas o indicios, la declaración de estos sujetos operará como prueba de cargo sin importar los motivos que le llevaron a denunciar. Lo mismo ocurre respecto a quienes intervienen en el procedimiento como meros testigos y mantienen algún tipo de desencuentro con el acusado y desean su condena por motivos distintos al restablecimiento de la paz social. Este hecho con carácter general no impide que los tribunales valoren su declaración, lógicamente tomando en consideración estas circunstancias y poniéndola en relación con el resto de prueba practicada. El Estado mantiene el interés en las aportaciones de estos sujetos siempre que la colaboración sea eficaz, es decir, siempre que la información facilitada sea fiel a la realidad y, por tanto, facilite el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Y, por la misma razón, el Estado no deja de estar interesado en saber si una empresa utiliza el soborno para conseguir nuevos contratos si quien está dispuesto a facilitar esa información es un empleado descontento con su superior que pretende así perjudicarlo, y la CNMC tampoco pierde el interés en la existencia de un cártel si quien lo pone en su conocimiento es uno de sus participantes que espera no ser sancionado a cambio, como ocurre en los programas de clemencia. En definitiva, la Administración de Justicia o el regulador mantienen el interés en esa información aun cuando los motivos de quien la ofrece no sean los más nobles.

IV. Conclusiones

La nueva tendencia legislativa en la lucha contra la criminalidad corporativa consiste en fomentar que los empleados o directivos de las empresas o administraciones públicas denuncien cuando tengan conocimiento o sospecha de que se están cometiendo infracciones en la organización. La habitual vía para lograr que estos sujetos se decidan a denunciar es el ofrecimiento de protección frente a represalias, pero nada impediría que se empleara también otro tipo de incentivos, como las recompensas económicas. Estas nuevas estrategias de política criminal tienen un fundamento eminentemente utilitarista, pues la razón de que se implementen no es otra que la necesidad de mejorar la detección de infracciones en el ámbito empresarial y en el sector público. El Esta-

do, consciente de las limitaciones de sus propios medios, recurre a la colaboración de los ciudadanos para llevar a cabo esta tarea, que corresponde *a priori* a los agentes estatales. En un contexto como este, de colaboración público-privada, parece razonable que se superen las reticencias de premiar a quien denuncia, entendiendo que se trata de una contraprestación adecuada a la asistencia prestada por el ciudadano.

EL «PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN» DE ARROYO ZAPATERO: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha

Nota previa

Resulta sumamente difícil explicar en pocas líneas la relevancia que una persona como Luis Arroyo Zapatero ha tenido en mi vida. Adviértase que no hablo de «un colega» ni de mi vida «académica»; digo adrede «mi vida» porque su influencia en ella ha sido intensísima. Las aspiraciones de un estudiante de Derecho en aquella Universidad Complutense de principios de los años 80, por cuyas aulas aparecía a última hora de la mañana un profesor «rojo» muy solvente y simpático, estudiante que soñaba con convertirse en profesor universitario, pudo hacerse realidad solo y exclusivamente gracias a patrocinio de Luis. Gracias a él pude introducirme en ese mundo y gracias a él recibí el impulso definitivo al venir a Albacete en 1988 para cubrir su docencia cuando se convirtió en el primer Rector democráticamente elegido de la Universidad de Castilla-La Mancha. Desde ese momento, el apoyo de Luis para orientar mi carrera hacia la cátedra fue constante; apoyo académico y también apoyo humano cuando hizo falta...e hizo falta. Eterno agradecimiento y eterna deuda por eso y por tantas cosas que no caben aquí.

Pero no solo soy deudor en el terreno de la vida sino también en el académico. De su cabeza surgió un concepto que ha marcado a toda una generación de penalistas: lo que definió con mucha fortuna como el «Programa penal de la Constitución». A la altura de 2021 puede parecer fácil conectar intensamente nuestra disciplina con la Carta Magna, pero quienes ya hemos cumplido bastantes años y vivimos el feliz estreno del «régimen de 1978» sabemos bien que era muy difícil convencer

a las fuerzas reaccionarias de que nuestra Norma Fundamental no era solo una bonita declaración de principios dudosamente aplicables sino nada más y nada menos que una norma jurídica de obligado cumplimiento, de cuya virtud axiológica debían desprenderse consecuencias muy relevantes para nuestra vida. De ahí que el «*Programa penal de la Constitución*» que Luis nos enseñó sirviera como plataforma para el desarrollo de un Derecho penal más democrático, más respetuoso con los derechos fundamentales e, inevitablemente, mucho más comparable al Derecho penal de nuestro entorno, cuyos territorios germano e italiano tan bien conocía Luis ya en los años 80.

Enlazando una y otra perspectiva, permítaseme que recuerde todavía con emoción una escena vivida como alumno un 24 de febrero de 1981, pocas horas después del intento de golpe de Estado de Tejero, cuando aquel joven ayudante de Derecho penal que era Luis tomó la palabra en el hall de la Facultad de Derecho de la Complutense, ante una masa estudiantil agarrotada todavía por el miedo vivido, y nos soltó un «¡Viva la Constitución!» que todavía resuena en mi alma. Ese es Luis, viveza sin igual y compromiso con sus ideas.

I. La formulación del Programa

Mediada la década de los años 80, la doctrina penal española asistía al estreno de un escenario presidido por la Constitución de 1978, cuya luz irradiaba todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también el ordenamiento penal; en él se manifestaba una pugna sobre el alcance que cabía y debía dársele a la Norma fundamental para el diseño del objeto de nuestra disciplina. Por sorprendente que ahora pueda parecer, se dudaba incluso de su valor *normativo*, al que una larga tradición autoritaria relegaba al mero papel de «ordenador de poderes» sin una *eficacia directa* sobre el Derecho aplicable. García de Enterría explicaba en su esencial trabajo sobre el tema¹ que la tradición de nuestro Tribunal Supremo, antes y después de 1939, era contraria a otorgarle ese valor, tradición que a su juicio era en aquel momento «enormemente grave y necesitada de una enérgica conmoción»².

Los penalistas de nuestro país –al menos la mayoría– se pusieron manos a la obra. En la anotación a la versión española del Tratado de

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La constitución como norma y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 32 (2-3), pp. 291 y ss.

² *Ibi*, p. 334.

Jescheck –centro neurálgico del conocimiento de la dogmática alemana para muchos penalistas recién incorporados en aquella época–, Muñoz Conde extraía todo un rosario de consecuencias del reconocimiento constitucional del «principio del Estado de Derecho», que debía engendrar «una configuración social y democrática del Derecho penal», basada en el respeto a las ideas de proporcionalidad, igualdad y libertad³. Lo mismo Mir Puig en su obra «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», que nos ilustraba sobre el «fundamento funcional»⁴ que la Constitución impone al ius puniendi, desmintiendo ideas pretéritas defendidas en Alemania sobre la escasa influencia de su Constitución en una cuestión tan permeable a valores como la teoría de la culpabilidad penal⁵. En realidad, Barbero Santos se había encargado de desmentir esa desconexión en lo que a nuestro país se refiere en su obra *Política y Derecho penal en España*⁶.

Parecía claro, pues, en esa época de crecimiento democrático exponencial que fueron los años 80, que nuestra disciplina debía ser reconfigurada a la luz de las normas constitucionales, es decir que ya no podrían postularse dogmas en el territorio del Derecho penal que no estuvieran fundados en el texto fundamental, tanto en su letra como en su espíritu. Ahora bien, una cosa es extraer del archipiélago de artículos de la Constitución normas que sean de aplicación directa en materia penal, como la abolición de la pena de muerte (art. 15), el principio de legalidad penal (art. 25.1), la orientación resocializadora de las penas y medidas de seguridad y la prohibición de los trabajos forzados (art. 25.2) o la exclusión de los delitos políticos de la posibilidad de extradición, salvo los de terrorismo (art. 13.3), y otra muy distinta es llevar a cabo un análisis sistemático y dinámico del texto constitucional –en aquella incipiente época de su desarrollo– para plasmar en una expresión rotunda y perdu-

³ MUÑOZ CONDE, F., *Adiciones de Derecho penal español* en JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Barcelona, 1981, pp. 37 y s. Con cita de su propia obra *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 59 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, pp. 47 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1977, pp. 141 y ss. A ellos cabe añadir BARBERO SANTOS, «Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma» en *Sistema* núm. 10, julio 1975, pp. 99 y ss., ya antes de promulgada la Constitución.

⁴ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1.ª ed. 1979, 2.ª ed. 1982 (por la que se cita), p. 39.

⁵ MUÑOZ CONDE, F., «La herencia de Franz von Liszt», en *Revista Penal México*, 2012, p. 70, donde añade: «Actualmente, la famosa frase de Von Liszt: «El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política criminal», podría reformularse en el sentido de que, en un Estado constitucional, no debe ser el «Derecho Penal» sino el «Derecho constitucional» la «barrera infranqueable de la política criminal».

⁶ BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977.

table la idea de que ese archipiélago no era más que la cara inmediatamente visible de todo un magma jurídico capaz de transformar nuestra disciplina; la expresión elegida por Arroyo Zapatero fue la de «Programa penal de la Constitución»⁷. Este es, en cierto modo, el alcance de la conocida frase de Häberle: «La Constitución no es solo un espejo de la realidad, sino un foco de luz al que ésta tiende»⁸. El citado *Programa* se reconocía en varias obras básicas que enlazaban el ordenamiento penal con el constitucional en una posición de predominio y orientación de éste. Arroyo Zapatero concedía un lugar preeminente a la magistral obra de Bricola «Teoría generale del reato» (1973)⁹. Al citarla ahora no pretendo solo destacar su influencia sino el reconocimiento que la propia escuela del maestro italiano ha realizado del trabajo de Arroyo Zapatero como reflejo de una orientación constitucionalista del Derecho penal que aquél contribuyó como nadie a solidificar¹⁰.

Entiende Arroyo Zapatero por «Programa penal de la Constitución» el conjunto de postulados político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar¹¹, debiendo añadirse que el término «*programa*» no pretende expresar que «desde» la Constitución se ofrezcan soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. «El legislador es y debe ser libre –advierte Arroyo Zapatero– para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean. La Constitución representa tan solo ese marco normativo en cuyos principios ha de inspirar sus decisiones». En la mente de nuestro homenajeado autor el *programa* se teje a través de una trama de principios generales cuya interconexión permite crear un suelo fértil para la generación de un marco de soluciones, cuyo diseño concreto no está sin embargo predeterminado.

⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 97 y ss.

⁸ HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt, 1980, p. 87. cit. por BERDUGO, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1984-2, p. 308; el mismo, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, p. 16.

⁹ BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turín, 1973, pp. 7 y ss. Vuelve a citarle en «Por una política criminal humanista. Un asunto también personal», en ARROYO ZAPATERO, L., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Cuenca, 2021, p. 17.

¹⁰ DONINI, M., «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 77, 2011, p. 67 (nota).

¹¹ ARROYO ZAPATERO, L., *Fundamento y función del sistema penal*, p. 103.

Los principios generales que la Constitución consagra y que tienen relevancia para el sistema penal son –en opinión del citado autor– los de igualdad, pluralismo, tolerancia, y libertad que consagra el artículo 1.º, y los de racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y la igualdad que afirma el art. 9.º¹². Hace años que sugerí que se incluyeran en el elenco los principios de dignidad humana (art. 10 CE) y de justicia (art. 1.1 CE), por su relevancia axiológica en la configuración de la proporcionalidad penal, que en mi opinión constituye la piedra basilar del sistema penal democrático. Y añadiría también el art. 9.2 CE, no para sostener una indeseable función promocional del Derecho penal sino para apoyar en él decisiones político-criminales que suponen una profundización en la democracia del sistema, principalmente en lo que se refiere a la responsabilidad penal y a la resocialización del reo¹³. Como precipitado material de esos principios generales aparecen, en la referida obra de Arroyo Zapatero, los «principios constitucionales en materia penal», ampliamente conocidos y comentados a estas alturas, pero que desde la atalaya de 1987 eran solo un esbozo que requería un impulso creativo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia constitucional y, naturalmente, también de la ordinaria, algo remisa todavía a dejarse influir por ellos. En aquel trabajo, Arroyo Zapatero citaba los siguientes: exclusiva protección de bienes jurídicos, legalidad, culpabilidad y resocialización.

En lo que sigue, me propongo proyectar aquella idea de Arroyo Zapatero hacia lo que entonces era solo un futuro incierto y hoy es una trayectoria científica en la que nuestro autor homenajeado ha desarrollado aquella incipiente idea en su propia obra, así como el reflejo que en muchos casos ha tenido su contribución científica en las decisiones del Tribunal Constitucional. De paso, me referiré de manera subsidiaria en algún momento al reflejo del *Programa* en mi propia obra.

II. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La discusión en torno a la vigencia de este principio nos llevaría mucho más lejos del modesto propósito de este escrito. Es bien conoci-

¹² ARROYO ZAPATERO, L., *Fundamento y función del sistema penal*, cit. pp. 101 y s. Se apoya en ese Programa también TERRADILLOS BASOCO, J., en «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R., *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, 2003, p. 355.

¹³ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 41.

da la postura de quienes niegan que el bien jurídico sea un elemento imprescindible para comprender la misión del Derecho penal. Sin embargo, somos muchos quienes compartimos con Palazzo la idea de que constituye una garantía *sustancial* del Derecho penal porque proporciona indicaciones esenciales sobre el desvalor que caracteriza la criminalización, lo que nos aboca a determinar qué valores tienen capacidad para merecer tan alta protección por su *ofensa*¹⁴. En esa línea de pensamiento, la asunción de un patrimonio de valores constitucionales como sustrato material o sustancial para la legitimación de la acción legislativa viene dada por el carácter «rígido» del sistema constitucional y la supeditación jerárquica del legislador al dictado de éste¹⁵.

Ahora bien, ese marco de referencia no puede entenderse como un mandato positivo dirigido al legislador, es decir como un mandato de incriminación, ya que el diseño político-criminal, como cualquier parcela política, requiere la generación de un determinado consenso en torno a las medidas adoptadas. Esta idea, que aparece también en Palazzo, es patrimonio en nuestro país de Arroyo Zapatero, que en su trabajo «*Prohibición de aborto y Constitución*» decía que «el consenso es un criterio que ha de integrar una teoría de los bienes jurídicos, particularmente en el campo de los bienes jurídicos de discutida racionalidad, en el cual es más necesario que nunca que el legislador rechace la imposición a la colectividad de las que sean concepciones morales o éticas de individuos o grupos, incluso los numéricamente mayoritarios, limitándose a asumir la protección de aquellas normas sociales elementales realmente constitutivas e imprescindibles para una comunidad determinada»¹⁶, lo que no era más que una proyección del principio de intervención mínima referida el mapa de los intereses sociales relevantes, por la legitimidad de las minorías para vivir en libertad sin temor al arrastre ético de la mayoría¹⁷. Una idea similar a la expresada antes de la etapa constitucional por Barbero Santos, recordada de manera recurrente por muchísimos autores: «El Derecho penal futuro renunciará a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o

¹⁴ PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*. 3.^a ed., Milán, 2008, p. 59.

¹⁵ PALAZZO, F., «Estado constitucional de Derecho y Derecho penal», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998, p. 54. el mismo, en «Ultima ratio e hipertrofia del Derecho penal», trad. Nicolás García Rivas, en Arroyo Zapatero, Luis, y Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001. También recoge esta idea TERRADILLOS BASOCO, J., «La Constitución penal...», cit. p. 359.

¹⁶ ARROYO ZAPATERO, L., «Prohibición de aborto y Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 3 Monográfico, p. 213.

¹⁷ Esta idea aparecía formulada.

concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad (...) Si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales se estaría exigiendo al Derecho algo que excede por entero de sus posibilidades (...) Las penas estatales son ontológicamente inválidas como medio de perfección moral»¹⁸.

En ese mismo trabajo anticipa Arroyo Zapatero la idea de que el *nasciturus*, pese a no ser sujeto del derecho fundamental a la vida, sí es un «bien jurídico constitucional»¹⁹ que, por ese carácter, merece protección. Se anticipa así al dictado de la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 5), donde puede leerse: «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». La construcción teórica que realiza Arroyo Zapatero en ese trabajo para justificar la protección jurídico penal del feto pero la apertura, al propio tiempo, de un espacio despenalizado para la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras etapas de gestación, se apoya en dos pilares: la vida e integridad corporal del *nasciturus* adquiere garantías absolutas frente a los ataques del Estado y de terceros, pero no así frente a la mujer, de la cual se derivan tales garantías y, por otra parte, la idea de dignidad humana no metafísicamente entendida sino dotándola del contenido ético que le atribuyen las ciencias sociales. Por ello sostiene que «la configuración de la vida humana en formación como bien jurídico se sitúa en el terreno más difícil de la elaboración teórica, en el de la tensión entre «racionalidad» y vinculación del legislador al contexto cultural» (con cita de Hassemer²⁰).

Dentro del amplio campo temático de la obra de Arroyo Zapatero, en su trabajo «Entre el Estado y la Federación: el Derecho penal en la España de la Unión Europea» advertía sobre los efectos negativos de

¹⁸ BARBERO SANTOS, M., *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, en *Sistema*, núm. 10, 1975, p. 112. BARBERO SANTOS, «La reforma penal española en la transición a la democracia», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978-1, p. 64.

¹⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Prohibición de aborto y Constitución», cit., p. 210.

²⁰ *Op. cit.*, p. 212 Volvería sobre el tema del bien jurídico «vida humana independiente» y su valor y protección jurídico-penal en «La indicación eugenésica» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11 Monográfico, *Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, 1986, p. 59.

nuestra inserción en ese ordenamiento comunitario por lo que se refiere a la capacidad para seleccionar los bienes jurídicos a proteger. En su opinión, el modelo económico comunitario podía ser incompatible con la protección de determinados intereses «nacionales», que el autor ejemplificaba en la legislación monetaria y de contrabando²¹. De mayor relevancia social es su aportación al tema de la protección penal de la violencia de género, en el que se dilucidaba, a la altura de 2008, cuáles eran los bienes jurídicos en juego en los casos de maltrato continuado, cuya referencia a la integridad moral entendía en el autor vinculada al daño efectivo a dicho bien jurídico y no solo a su mera puesta en peligro. Extendía su razonamiento a un delito vinculado a éste cual es el de quebrantamiento de condena o medida cautelar (art. 468.2 CP), sobre el que decía: «no solo lesiona el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros»²².

Por otra parte, el interés por la profundización en las peculiaridades que ofrecen los bienes jurídicos colectivos, no solo en el hallazgo de su fundamento sino también en sus repercusiones dogmáticas, queda patente en su tesis doctoral sobre «La protección penal de la seguridad en el trabajo», en la que manifiesta su creencia de que ésta adquirió vida propia ya en su fase de bien jurídico meramente administrativo, desde el momento en que las sanciones administrativas se imponían con independencia del daño efectivo. Si bien el interés en la protección de la vida, de la integridad corporal y la salud se mantiene como punto de referencia y razón fundamental del deber de seguridad, la seguridad y la higiene adquieren una sustantividad propia²³. No es extraño que treinta años después considere la seguridad en el tráfico también como un bien jurídico autónomo, que debe diferenciarse de los bienes jurídicos individuales «vida» e «integridad física» de los tran-

²¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Entre el Estado y la Federación: el Derecho penal en la España de la Unión Europea», en ARROYO ZAPATERO, L., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Cuenca, 2021, pp. 67-69.

²² ARROYO ZAPATERO, L., «Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género», en Muñoz Conde, F., (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, pp. 726 y 729, respectivamente.

²³ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pp. 47 y ss.

señales y conductores que se encuentran potencialmente en riesgo frente a la conducta del sujeto²⁴.

A la órbita de los bienes jurídicos tutelados mediante instrumentos de penalización del riesgo pueden adscribirse también las conductas relativas a la apología del genocidio, tanto la negación como la justificación. Directamente vinculada a esa función «programática» de la Constitución para decidir cuál es el ámbito de tutela legítima, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, despenalizó el delito de negación del genocidio (art. 607.2 CP), por considerar que «la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática (...) La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane.» La opinión de Arroyo Zapatero es radicalmente contraria. Con su acerada pluma, sostiene que «la sentencia del TC español sobre la negación de genocidio es una sentencia poco productiva para un debate sobre “principios y reglas” y ponderación en la interpretación constitucional del Derecho penal. No es una sentencia sobre comprensión y sistemática, sino de lectura, mejor de iniciación a la lectura: ¿qué significa negar el

²⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «La armonización internacional del Derecho Penal», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A., (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2010, p. 41, citando el libro de su discípula Rosario VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, 2008. En otro orden de cosas, elabora una crítica a la supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades contagiosas, cuya función se separa de los delitos de lesiones (protectores de la salud individual) y se orienta a la protección de la salud pública, cuya efectividad quedaba totalmente bloqueada –a juicio de ARROYO ZAPATERO– por la exigencia del contagio de un tercero como plataforma valorativa para considerar afectado el bien jurídico «salud pública. Cfr., ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comporten riesgos de transmisión del Sida», en *Derecho y salud*, vol. 4, núm. 1, 1996, p. 213.

holocausto nazi? Una sentencia en la que se cometieron todos los pecados del Tribunal legislador²⁵».

III. Principio de legalidad

El amplio espectro garantista que ofrece la legalidad penal ha sido objeto de un desarrollo muy relevante por la sencilla y poderosa razón de que es el único de los principios constitucionales que está expresamente reconocido en nuestra Carta Magna. En su trabajo titulado *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, publicado en 1983, Arroyo Zapatero sostenía que el art. 25.1 CE formulaba de manera muy pobre este principio esencial del Estado de Derecho y anticipaba la necesidad de «proceder, en consecuencia, a una interpretación del artículo 25.1 de la Constitución, en base a la consideración de otros preceptos de la misma, a los principios que la inspiran y a los tratados internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española), para, sobre todo ello, ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que, en la medida de lo jurídicamente posible, comprenda todas las garantías que se estiman constitutivas o integrantes del mismo».

Su elaboración de esas garantías, sirviéndose de los escasos recursos doctrinales y jurisprudenciales precedentes, aludía a un principio de legalidad basado en un doble fundamento: político-criminal y democrático representativo, por considerar que «el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que «concede» el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general. Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento democrático representativo»²⁶.

En la STC 2/2015, de 19 de enero, confluye la obra de Arroyo Zapatero con la importante evolución del derecho a la legalidad penal,

²⁵ ARROYO ZAPATERO, L., «El negacionismo como delito penal. Sentencia del TC español sobre el Caso Varela», en Elósegui, M. (ed.), «Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales», *Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, 2015, p. 4.

²⁶ ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho constitucional*, 1983, núm. 8, p. 13.

que desde hacía más de veinte años incluía la posibilidad de recurrir en amparo las resoluciones judiciales que pecasen de interpretación analógica o extensiva de los preceptos penales²⁷. En este caso, el recurso a resolver se refería al delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores. En su trabajo sobre el tema, nuestro homenajeado advierte de que el legislador penal español, al alumbrar el Código Penal de 1995, utilizó en la definición típica una expresión distinta a la que aparecía en los proyectos, pues mientras en éstos exigía que la información fuera *privilegiada*, en el art. 285 CP se utiliza la expresión *relevante*. Sin embargo, en su opinión, esta inconsecuencia lingüística no tiene transcendencia; «la noción de privilegio –dice Arroyo Zapatero– 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»²⁸. En consonancia con esa opinión, la STC 2/2015 afirma que «debe señalarse, en primer lugar, que la «relevancia» y el carácter «privilegiado» de la información son elementos normativos, y no fácticos, del tipo penal, que dependen de un juicio de valor que debe realizar el juzgador con arreglo a «criterios de experiencia» (STC 73/2007, de 16 de abril, FJ 4) y de acuerdo con los elementos de hecho que resultan de la prueba practicada (SSTC 68/2004, de 19 de abril, FJ 2, y 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2)». Y respecto al caso concreto, señala: «Las resoluciones estiman que, al no haber trascendido los datos verdaderamente decisivos, la información tuvo carácter «privilegiado», pues el recurrente solo pudo conocerla en su condición de miembro del consejo de administración de X».

²⁷ Este desarrollo garantista del principio de legalidad, es quizá mi contribución fundamental en *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992. Reclamaba allí la necesidad de que nuestro Tribunal Constitucional aceptase una corrección a su doctrina sobre la imposibilidad de recurrir en amparo las «cuestiones de mera legalidad ordinaria» cuando dicha legalidad fuera la *penal*, justamente por la catalogación de ésta como derecho fundamental en el art. 25.1 CE. Pocos meses después de publicado el libro, la STC 111/1993, de 25 de marzo, asumió por primera vez sin ambages dicha posibilidad y desde entonces son innumerables las resoluciones que anulan sentencias penales por haber incurrido jueces o tribunales en una interpretación extensiva o analógica de algún precepto penal. Vid. GARCÍA RIVAS, N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 55 y ss. (libro que dediqué a Luis Arroyo Zapatero). También, sobre la STC 111/1993, de 25 de marzo, mi trabajo: «El derecho fundamental a una interpretación no extensiva en el ámbito penal», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 17, 1993, pp. 27 y ss.

²⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «El abuso de información privilegiada en el Derecho español», en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, p. 60.

En otro trabajo, referido a la relación entre Constitución y Derecho penal económico, Arroyo Zapatero considera que las «construcciones dogmáticas sin apoyo legal expreso» pueden ser admitidas siempre que ello no suponga realizar una analogía prohibida²⁹. Su alegato se refiere a la calificación como fraude de ley –tomado de la legislación tributaria– de la utilización de normas para casos distintos a aquellos que inspiraron su promulgación y se apoya en la admisión por el TC de este tipo de «construcciones dogmáticas» en la STC 89/1983, de 2 de noviembre, que convalidó la existencia *extra legem* del delito continuado: «ni la garantía criminal ni la penal –decía esta Sentencia– pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuando, a efectos de la determinación de la pena aplicable, distintos hechos, penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único». Es posible, no obstante, que al poner el foco de atención sobre la interdicción de analogía *in malam partem* a partir sobre todo de 1993 esta Sentencia no habría tenido un fallo similar.

Por lo que se refiere al problema constitucional de la ley penal en blanco, Arroyo Zapatero se ha ocupado de él en varios trabajos. En 1983, en los albores del Estado constitucional, afirmó con rotundidad que la reserva de ley penal es absoluta, lo cual distaba de desprenderse nítidamente del texto constitucional. Se apoyaba para ello no solo en la doctrina constitucionalista sino también en la STC 15/1981, de 7 de mayo. Nuevamente apela al consenso como criterio vinculado al fundamento político democrático representativo del principio de legalidad, para basar su opinión negativa sobre la admisión de aquellas delegaciones legales hacia el poder ejecutivo que suplanten el necesario consenso en la redacción del precepto penal. A partir de aquí, la propuesta de Arroyo Zapatero se acomoda totalmente a lo que luego fue la evolución de la doctrina sobre las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, hablaba él de que las remisiones fueran estrictamente necesarias y que la esfera de prohibición quedase siempre definida en la propia norma con rango de ley, para no perturbar la distribución de poderes. Por ello, sostenía que la intervención de las leyes nacionales o autonómicas deberían tener preferencia con el fin de no perjudicar el fundamento político del principio de legalidad. Cabe concluir diciendo que Arroyo Zapatero equi-

²⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal México*, núm. 1 pp. 11 y 14.

para la utilización del sistema formal de remisión con el uso de elementos normativos que de modo indirecto o implícito remiten a una norma extrapenal³⁰. Años después, en su trabajo sobre «Derecho penal económico y Constitución», Arroyo Zapatero se reafirmaba en esas ideas anteriores, aunque añadía que, bajo determinadas condiciones, la reserva de ley no sólo queda preservada mediante la técnica de la ley penal en blanco sino que la utilización de remisiones a normas reglamentarias puede favorecer incluso una restricción de su ámbito de aplicación³¹.

Esta opinión suscita, creo, dos comentarios parcialmente contrapuestos. En primer lugar, la afirmación de Arroyo Zapatero es sostenible siempre que apoyemos el principio de legalidad exclusivamente en la *garantía de seguridad jurídica* para el ciudadano, pues en efecto la suma de ley más reglamento puede servir para aclarar y ajustar en mayor medida la concreción de la conducta punible. Sin embargo, creo que es incontrovertible la pérdida de *garantía de legitimidad* que ello puede ocasionar en el precepto. Al mismo tiempo, esa afirmación permite observar el problema de las leyes penales en blanco de un modo menos rígido que el propuesto por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, a partir sobre todo de la STC 127/1990, de 5 de julio, que es punto de referencia inexorable en esta materia. En su virtud, «es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial de la prohibición* y sea satisfecha la exigencia de *certeza* o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada». Cabe añadir que la STC 120/1998,

³⁰ ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 33 y ss.

³¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 10.

de 15 de junio, justificaba la remisión a normas reglamentarias de ámbito regional en el hecho de que la norma autonómica representa solo «un *elemento inesencial* de la figura delictiva», toda vez que «el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente»³².

Tampoco le es ajeno a nuestro homenajeadó el sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. En el reiteradamente citado trabajo sobre el principio de legalidad publicado en 1983, consideraba Arroyo Zapatero que la doble sanción no afecta al principio democrático siempre que las «dos sanciones» sean establecidas por ley, ni tampoco a la certeza, ya que ambas pueden estar perfectamente establecidas en la legislación; tampoco afectaría a la seguridad jurídica, por la misma razón. En opinión del autor, «el *ne bis in idem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3; su inclusión en el contenido del 25.1 –ya sea por el recurso a la voluntad del constituyente, ya al literal del precepto– me parece sumamente afortunada»³³. Años más tarde, en 1998, se quejaba de la deficiente regulación de este principio en nuestro ordenamiento, «especialmente alarmante en lo que se refiere al Derecho penal económico»³⁴, por la falta de cumplimiento de la regla de subsidiariedad del procedimiento administrativo sancionador respecto al estrictamente penal.

³² En sentido similar se expresa la jurisprudencia constitucional alemana, según la cual «la prohibición penal tiene que ser ya previsible a partir de la ley»; cfr. TIEDEMANN, K., «La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2, 1998, p. 518. Pocos años después de este trabajo que acabo de comentar, publiqué mi artículo «Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 15, 2005, p. 66 ss., en el que revisé y critiqué esa doctrina constitucional tanto por su inadecuación al doble fundamento del principio de legalidad –como acabo de señalar– como por su inexacta descripción de la función que cumple la norma remitida en el conjunto de la norma penal de remisión. En efecto, ésta no delega la descripción de cuestiones de detalle o meramente técnicas, manteniendo el dominio de la esfera de prohibición; en realidad, esta esfera es un todo en el que aparece integrado no solo el desvalor de acción en el que una norma posiblemente reglamentaria define el *nivel de riesgo permitido* sino también el desvalor de resultado que –ese sí– solo puede estar en manos del legislador penal para cumplir el mandato constitucional del principio de legalidad. No se trata pues de «expulsar» al reglamento extramuros del tipo penal sino de integrarlo para definir el desvalor de acción, colaborando con el legislador propiamente dicho en la definición global de la conducta punible introduciendo requisitos relativos a la lesividad del hecho para mantener la autonomía de la valoración jurídica-penal y no procurar una simple catalogación como delito de una infracción administrativa. Al fin y al cabo, esa norma remitida forma parte de la esfera de prohibición desde el momento en que su infracción señala el comienzo del análisis sobre la *tipicidad* de la conducta; sin dicha infracción, cualquier daño social ocasionado quedará fuera del tipo penal

³³ ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», cit. p. 19. Vid. una referencia corta en ARROYO ZAPATERO, L., «Cesare Beccaria y la moderna política-criminal en España en los primeros años de la democracia», en ARROYO ZAPATERO, L., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, cit., p. 59.

³⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Constitución y Derecho penal», cit., p. 9.

Años antes, en su tesis doctoral sobre protección penal de la seguridad en el trabajo, adquiriría ya cierta relevancia la interdicción de la doble sanción. Sostuvo entonces Arroyo Zapatero que la previsible incorporación a nuestro Código Penal de una tipificación de esa conducta supondría la incompatibilidad absoluta con la sanción administrativa, siendo preferente en todo caso la penal³⁵. El acierto en su predicción no impediría al Tribunal Constitucional dictar su Sentencia 177/1999, de 11 de octubre, que prefirió el criterio de la preferencia cronológica al de la primacía del ordenamiento penal, causando con ello gran revuelo doctrinal, resuelto de forma contradictoria pocos años después con la STC 2/2003, de 16 de enero, que proclamó ya para siempre la preferencia de la sanción penal y la consiguiente compensación obligatoria de la sanción administrativa cuando ésta se hubiera ejecutado con carácter previo. Aunque no sea esta la solución propuesta por Arroyo Zapatero en su trabajo sobre Constitución y Derecho penal económico (porque él se refería a la confluencia de sanciones penales y administrativas compatibles en tanto en cuanto su fundamento estuviera orientado a la protección de bienes jurídicos distintos, propugnando una solución sancionadora parecida a la del concurso ideal de delitos) se asemeja sin embargo a ella por la necesidad de reducir la intensidad de la respuesta punitiva debido a la superposición –aun meramente parcial– de los desvalores en juego³⁶.

IV. Principio de culpabilidad

En su «Programa penal de la Constitución», advertía Arroyo Zapatero en 1987 sobre la novedad que había supuesto la reforma del art. 1.º CP en 1983 para incluir el brocardo «no hay pena sin dolo o culpa»³⁷. Siendo un principio nuclear del Estado democrático de Derecho, soste-

³⁵ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, cit., p. 111.

³⁶ Hace unos años le dediqué amplia atención al modo en que dicho principio se garantiza en el ámbito europeo (GARCÍA RIVAS, N., «Alcance y perspectivas del *ne bis in idem* en el espacio jurídico europeo», en *KorEuropa, Rivista on line del Centro di Documentazione Europea dell'UKE*, núm. 10, 2017, pp. 38 y ss.). La conclusión es de una sorprendente homogeneidad en cuanto a la transformación de la proscripción de la doble incriminación en una prohibición relativa vinculada a la posibilidad del ciudadano de prever la segunda sanción y a la redención de la segunda sanción siempre que se «adapte» a su carácter secundario, es decir que tenga en cuenta la primera sanción ya aplicada.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J., «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal», en Arroyo Zapatero, L. (coord.), *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, *Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, Madrid, 1985, pp. 81 y ss.

nía su relevancia para la atribuibilidad personal del hecho a su autor, la exclusión de la responsabilidad objetiva y la erradicación de las presunciones de imputación. Por otra parte, en su vinculación con el elemento de la teoría del delito del mismo nombre, lo relacionaba con la exigencia de motivación por el autor para certificar su imputabilidad y así como de la ausencia de error de prohibición que excluyera el conocimiento de la antijuricidad³⁸.

En su ejercicio de habilitación para cátedra, dedicado al delito de fraude de subvenciones, Arroyo Zapatero se enfrentó a un problema dogmático de gran calado, relacionado directamente con el principio que nos ocupa: el tratamiento que debe darse al error sobre los elementos normativos del tipo, que inundan el Derecho penal económico. La doctrina mayoritaria califica como error de tipo el desconocimiento de los mismos, lo que lleva a la punición como imprudencia, siempre y cuando exista un tipo de esa clase paralelo al doloso cuya verificación se cuestiona. Dado que no proliferan los tipos imprudentes en ese ámbito, Arroyo Zapatero denuncia lo que considera un retraimiento indeseable del Derecho penal incluso cuando existe una negligencia cognoscitiva por parte del sujeto, algo rayano en la conocida «ignorancia deliberada». Para evitarlo, propone un doble movimiento metodológico. En primer lugar, pone de manifiesto que ha existido siempre una tendencia a valorar el desconocimiento de estos elementos no bajo el parámetro del especialista (algo inalcanzable para la mayoría) sino de acuerdo con expresiones tales como la «valoración paralela en la esfera del profano» (Mezger) o un «juicio paralelo en la conciencia del autor» (Welzel), la teoría de los «conceptos complejos» (v. Hippel y Frank), la de los «elementos especiales del deber jurídico» o de la antijuridicidad (Welzel) o la del «análisis teleológico-reductivo» construida por Schlüchter³⁹. En segundo lugar, propone la tipificación expresa de esos comportamientos imprudentes en que, según la teoría de la culpabilidad, incurre quien desconoce de un modo evitable la concurrencia de los elementos normativos del tipo⁴⁰. Convencido del rigor de su planteamiento, años después lo reiteraría con motivo de la creación de los llamados «eurodelitos», aunque la decena de años transcurridos desde aquella publicación y la promulgación del Código Penal en 1995 pro-

³⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el Programa penal de la Constitución», cit., p. 108.

³⁹ ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 127.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 117.

vocaron en él, sin duda, un mayor escepticismo, ante la falta de respuesta a su demanda de mayor protagonismo de la modalidad imprudente en los delitos económicos, lo que provocó que abriera de par en par la posibilidad de tratar estos errores sobre elementos normativos como errores de prohibición, que siempre permiten el castigo, aunque sea muy atenuado y ajustado siempre al principio de culpabilidad⁴¹.

Al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su posible colisión con el principio de culpabilidad le ha dedicado Arroyo Zapatero cierta atención. Cuando todavía aquella no estaba plenamente reconocida en nuestra legislación penal, pero ya existía una respuesta sancionadora de naturaleza administrativa o incluso mediante las conocidas «consecuencias accesorias» establecidas en el Código Penal, advertía de que «en la cansada y reiterativa discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas debe operarse un cambio de perspectiva: la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas sea a través de consecuencias accesorias. El que ésta sea además penal, si no nos empecinamos en cuestiones de carácter ontológico y en dogmas, lo único que pretende conseguir es que ésta se determine en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que existen para las personas naturales y con unos principios de imputación similares, tras las convenientes adaptaciones, en la línea que el TC señalaba en la sentencia a la que se hacía referencia al comienzo de estas líneas»⁴².

Como último tema destacable en el radio de acción de este principio de culpabilidad, merece la pena detenerse un instante en la contribución de Arroyo Zapatero el problema de la violencia de género, sobre todo a raíz de la promulgación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral, que incluyó una muy controvertida reforma penal de los artículos relativos a las faltas de lesiones, amenazas y coacciones, que pasarían a considerarse delito siempre que la víctima fuera mujer. Bajo la barata lupa de una igualdad entendida de manera muy estática y asocial, muchos calificaron de inconstitucional esa

⁴¹ ARROYO ZAPATERO, L., «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», en *Revista Penal*, núm. 3, 1999, pp. 5 y ss, en especial p. 9. Las SSTC 78/2019, de 3 de junio, y 36/2018, de 23 de abril se adentran en la calificación como error de tipo o de prohibición de la creación de una asociación para el consumo del cannabis. La revocación de ambas está vinculada a la fundación de la culpabilidad de los acusados en la apreciación de la vencibilidad de dicho error.

⁴² ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», cit., pp. 13 y s. *Vid.* también una referencia al principio de culpabilidad como limitador del riesgo penalmente relevante en «Derecho y riesgo», *Injuria, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, vol. 8, 1995, p. 61.

«discriminación» contra el varón, lo que se tradujo en la presentación de más de 100 cuestiones de inconstitucionalidad, en un movimiento judicial de claro sesgo político conservador. La respuesta dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo (y las derivadas de ella) fue totalmente negativa. Pero me gustaría aclarar que antes de emitirse ésta, Arroyo Zapatero había avanzado argumentos a favor de la nueva regulación que más tarde el Alto Tribunal haría suyos. La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas –sostuvo Arroyo Zapatero– no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese denominado síndrome de la mujer maltratada⁴³. Como acabo de resaltar, este enfoque coincidió casi literalmente con el adoptado por el Tribunal Constitucional en su conocida resolución, cuando se enfrentó a las objeciones relativas al principio de culpabilidad. En primer lugar, por lo que respecta al mayor castigo si la víctima es mujer, decía: «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja» (FJ 11). Y remata el Alto Tribunal añadiendo: «el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.» (FJ 11). Con distintas palabras, pues, Arroyo Zapatero se había anticipado a la doctrina constitucional en esta materia.

⁴³ ARROYO ZAPATERO, L., «Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género», en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 726 y s.

V. Principio de resocialización

En su formulación del *Programa penal de la Constitución*, reservaba Arroyo Zapatero un lugar destacado al principio de resocialización, entendido de manera integral, porque el aspecto meramente penitenciario le servía como palanca para reclamar una reintegración del preso en la sociedad en mejores condiciones de las que seguramente tendría cuando ingresó en prisión. Exigía para ello recursos públicos abundantes, incluidos los de carácter social «pospenitenciario», con el fin de evitar la recaída del ex recluso⁴⁴.

En su extenso trabajo titulado «*Política criminal y Estado de Derecho en las sociedades contemporáneas*» considera que este principio es una fuerte seña de identidad del Derecho penal posterior a la II Guerra Mundial⁴⁵ y en su condición de Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa social proclama que es mucho más importante garantizar la vigencia de ese principio en nuestras sociedades que algunos otros progresos humanistas. En este orden de consideraciones, cabe destacar la batalla para conseguir la erradicación de la pena de muerte, un empeño al que Arroyo Zapatero ha dedicado tiempo, esfuerzo intelectual y una amplia y muy valiosa producción científica, que inició antes incluso que su tesis doctoral, con un análisis sobre la abolición de la misma en Gran Bretaña⁴⁶. Su pensamiento queda bien reflejado en este pasaje de su obra: «para quienes estiman que la abolición es una cuestión de dignidad humana y de derechos humanos, el camino recto seguirá siendo la continuación del debate año tras año con el fin de reducir el grupo de países que se abstienen y, sobre todo, el de aquellos que con mayor resistencia mantienen el pleno rigor en aplicación de la pena capital (...) Lo que impulsa los procesos de abolición no es solo la idea positiva de lo que denominamos derecho a la vida sino, sobre todo,

⁴⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el Programa penal de la Constitución», cit., pp. 107 y ss.

⁴⁵ Publicado ahora en *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, cit., p. 28.

⁴⁶ ARROYO ZAPATERO, L., «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981, pp. 47 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el Derecho Internacional», en Arroyo Zapatero, L./Estrada Michel/Nieto Martín (eds.) *Metáfora de la crueldad: la pena capital, de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca, 2016, pp. 15 y ss.; Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Schabas, W. (eds.)/García Moreno, B. (coord.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca, 2014; ARROYO ZAPATERO, L., «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», en *Revista Penal México*, núm. 1, 2011, pp. 31 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante», en *Revista brasileira de ciências criminaís*, núm. 100, 2013, pp. 323 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., *La pasión de la crueldad, el Papa Francisco contra la pena de muerte*, Cuenca, 2016.

el sentimiento de rechazo a la tortura, al tratamiento cruel, al matar a sangre fría. El rechazo a la pena de muerte puede bien formar parte de una contemporánea «ética cosmopolita», que rechaza radicalmente todo matar a otro.» No se separa nada este pensamiento del que manifestaba allá por 1981, en el trabajo citado: «la pena de muerte ni es acorde con los valores ético-sociales imperantes ni resulta eficaz en la lucha contra la delincuencia»⁴⁷.

Muy ligado al tema anterior, concluyo este análisis con una mención muy especial a la lucha de Arroyo Zapatero contra la prisión permanente revisable, tema sobre el que promovió la publicación de un volumen en la «Colección de estudios penales Marino Barbero Santos» (creada en honor de quien fuera nuestro maestro académico), volumen que dedica más de 15 páginas a exponer el conflicto de dicha pena con la resocialización. El dictamen que recoge la argumentación del recurso de inconstitucionalidad presentado en 2015, que fue firmado por un grupo de penalistas entre los que se encontraba Arroyo Zapatero, y que todavía no ha sido resuelto, contenía en síntesis los siguientes argumentos:

«La prisión permanente revisable es contraria al mandato de reinserción social (art. 25.2 CE) por cuanto prácticamente restringe toda posibilidad de resocialización (STC 160/2012, de 20 de septiembre).

A. Esa restricción incompatible con la Constitución se debe, en primer lugar, al desproporcionado plazo de duración de la privación de libertad legalmente establecido (veinticinco años de prisión como mínimo), unido a la circunstancia de que durante ese tiempo se limite enormemente la posibilidad de hacer uso de formas de cumplimiento y beneficios penitenciarios orientados al fin de la resocialización, tales como el tercer grado o los permisos de fin de semana.

B. En segundo lugar, a la indeterminación de los criterios en virtud de los que ha de decidirse la revisión de la condena una vez transcurrido ese periodo de seguridad. La resocialización presupone una expectativa razonable de recuperar los vínculos sociales, que es imposible de garantizar cuando tanto la posibilidad de salir de prisión como el riesgo de retornar a ella está sumida en tan altas cotas de incertidumbre, siendo

⁴⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña», cit., p. 66.

además algunos de los criterios determinados por el legislador incompatibles con el mandato constitucional.

C. En tercer lugar, es igualmente contrario al principio de resocialización la cuasi perpetuidad del sometimiento al *ius puniendi*, con la exigencia de un periodo adicional de hasta diez años de suspensión condicional de la privación de libertad –lo que no es sino una distinta forma de cumplimiento de la pena (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4)–, así como, por ende, la mera posibilidad de que la misma privación de libertad pueda ser perpetua, al poder conllevar el retorno a prisión el surgimiento de circunstancias ajenas al reo y no controladas por él incluso transcurrida una buena parte del periodo de suspensión condicional»⁴⁸.

Cierro aquí mi contribución al Libro Homenaje de quien fue mi profesor, luego mi compañero, más tarde mi maestro y mentor, mi rector durante muchos años y ahora, sencillamente, otra vez mi compañero, cuya envidiable vitalidad no le va a permitir abandonar su actividad académica, y muy bien que hace. En todo caso, he pretendido que aquel jovencísimo catedrático del año 1987 se vea reflejado con nitidez en su trayectoria científica, caminando al son de su *Programa penal de la Constitución*.

⁴⁸ En ese mismo volumen colectivo se encuentra mi contribución, titulada «La prisión permanente revisable en los informes de los órganos consultivos» (pp. 107 y ss.), en la que incluyo mi alegato contra la cadena perpetua, que no puede observarse solo desde el art. 25.2 CE sino solo mediante una integración de éste en la proscripción de las penas inhumanas o degradantes, de acuerdo con el art. 15 CE: «La proscripción de las penas inhumanas o degradantes se vincula no tanto a la duración de la misma sino al régimen de ejecución, que debe permitir al recluso esa *reeducación* pues, una vez lograda ésta (dicho sea con el lógico idealismo), debe arbitrarse un mecanismo de *reinscripción* o, lo que es lo mismo, de puesta en libertad del condenado a prisión perpetua. Por consiguiente, el repetido argumento de la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por ser potencialmente perpetua y, por tanto, contraria al principio de resocialización resulta tan estéril como la contestación que ofrecen los órganos consultivos al decir que la pena que nos ocupa no es contraria al art. 25.2 CE porque permite la revisión, y su esterilidad deriva de que este último precepto no puede considerarse un canon autónomo de constitucionalidad, ya que nuestro Tribunal Constitucional admite que la pena tenga finalidades distintas a la resocialización y no como objetivos subsidiarios sino todo lo contrario, es decir, como finalidades primarias de la pena. La posibilidad de «*reeducación*» permite cumplir, pues, una de las garantías exigidas en el art. 15 CE y en el art. 3 CEDH. Pero el cumplimiento será íntegro solo cuando el instrumento de «*reinscripción*» sea real y no un mero subterfugio de una medida de gracia, porque entonces se incumpliría uno de los criterios del TEDH».

LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES EN FRANCE. LA CHAMBRE CRIMINELLE ENTRE CONVICTIONS EUROPEENNES ET MALAISE JURISPRUDENTIEL

GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

I. Introduction

Lors de Journées d'hommage à Klaus Tiedemann, à Madrid, où j'étais aux prises avec des collègues espagnols, allemands et sud-américains qui m'interrogeaient sur la responsabilité pénale dans l'entreprise, j'avais fini par répondre que le droit français, par un certain pragmatisme, n'égalait pas la subtilité de certains autres droits. Est alors venue de la salle cette remarque : « Vous avez bien de la chance, vous les français ! ». C'était Luis, et ce fut notre première rencontre. Depuis – cela fait maintenant quelques trente ans – nous avons été amenés à nous retrouver dans d'autres colloques, à participer à des recherches collectives au sein de la Société internationale de défense sociale ou de l'Association de recherches pénales européennes, à partager des promenades dans les rues de Tolède ou d'ailleurs. L'une de nos dernières rencontres s'est faite à Paris autour du droit pénal de l'Union européenne. C'est en souvenir de l'une et l'autre de ces rencontres, en tissant un lien entre le droit pénal des affaires et le droit européen, que je voudrais consacrer cet hommage d'amitié et d'estime à une décision récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation française¹ qui opère, selon les propres termes de la Chambre, « un important revirement de jurisprudence ».

¹ Cass. crim. 25 nov. 2020, pourvoi n.° 18-86.955, signalé dans la Lettre de la chambre criminelle n.° 5/2020.

A vrai dire, c'est un pluriel qu'il faudrait utiliser, car les «revirements» sont au nombre de trois². La Chambre pose trois nouveaux «principes»: le «principe général de transfert de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante en cas de fusion-absorption de sociétés anonymes; le «principe [général] de la responsabilité pénale de la société absorbante pour des infractions commises par la société absorbée en cas de fraude dans les opérations de fusion-absorption»; le principe général d'application du principe de prévisibilité juridique aux revirements de jurisprudence. Cette décision majeure n'a globalement pas été favorablement accueillie par une doctrine pénaliste majoritaire, très soucieuse de voir maintenu le principe constitutionnel de la personnalité de la responsabilité pénale dans sa primauté et son intégrité, quand les spécialistes de droit des affaires (et de droit pénal des affaires) ont surtout, pour leur part, soulevé les interrogations qui dorénavant se posent et les difficultés concrètes qui découlent des solutions nouvelles³. Mon propos n'est pas d'entrer dans ces débats français, mais plutôt de m'attacher à la raison d'être de ces revirements. Ce qui s'affiche clairement, dans le cheminement de la Chambre, ce sont des convictions européennes, le souci d'une cohérence entre sa jurisprudence et celle des cours européennes dont elle adopte tout à la fois les principes et le réalisme (II). Ce qui s'entend, aussi, de manière larvée, c'est –encore et toujours– le malaise jurisprudentiel face au vice originel du modèle français de responsabilité pénale des personnes morales (III).

II. Le cheminement européen de la Chambre criminelle

Le sommaire, en tête de la décision, présente ainsi son apport. «*Il se déduit de l'article 121-1 du code pénal, interprété à la lumière de*

² Quoi qu'en dise la Chambre. Cf. *infra* note 21.

³ Voir les conclusions de l'avocat général Renaud Salomon, favorable au maintien de la jurisprudence antérieure, sauf à prévoir l'hypothèse de la fraude. Voir, en doctrine, notamment, BOULOC, B., «Un revirement inattendu à propos d'une fusion-absorption», en *Rev. sociétés* 2021. 79; MATSOPOULOU, H.: «Revirement de jurisprudence: la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée», en *Rev. sociétés* 2021. 115; SAINT-PAU, J.-C., «La responsabilité pénale d'une société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée. Revirement de jurisprudence !», en *JCP G* 2021. 27; BEAUSSONIE, G.: «La fin de l'impunité des personnes morales absorbées et absorbantes», en *D.* 2021. 167; REBUT, D., «Revirement de jurisprudence sur l'absence de transfert de la responsabilité pénale entre la société absorbée et la société absorbante. Mieux vaut tard que jamais», en *JCP G* 2021. 17; STASIAK, F., «Responsabilité pénale de la société absorbante: la chambre criminelle «fusionne» sa jurisprudence avec celle des juridictions européennes», en *JCP E* 2021. 1006.

la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération. En conséquence, le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive précitée ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation. **Cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne s'appliquera qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au 25 novembre 2020, date de prononcé de l'arrêt, afin de ne pas porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme».**

L'arrêt lui-même et la longue note explicative⁴ qui l'accompagne décrivent précisément le cheminement intellectuel qui a conduit à cette solution et donc à revenir sur une jurisprudence constante; or, ce cheminement est tout entier dicté par l'adhésion de la Chambre aux jurisprudences européennes.

De manière constante, en effet, la Chambre, depuis 2000⁵, cassait systématiquement toutes les décisions des juges du fond retenant la responsabilité pénale de la société absorbante pour des infractions commises par la société absorbée, au visa de l'article 121-1 du code pénal lequel dispose que *«nul n'est responsable pénalement que de son propre fait»*. **Une telle cassation était encore intervenue, en 2016⁶**, alors que les juges du fond, pour retenir la possible responsabilité de la société absorbante, s'étaient fondés sur l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015 qui a dit pour droit que la fusion-absorption *«entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende*

⁴ Depuis 2018, la Chambre, qui a modifié la méthode de rédaction de ses arrêts, accompagne certains d'entre eux, en raison de leur importance, d'une «note explicative» (une quinzaine en deux ans).

⁵ Cass. crim., 20 juin 2000, pourvoi n.° 99-86.742, *Bull. crim.* 2000, n.° 237; Cass. crim., 14 octobre 2003, pourvoi n.° 02-86.376, *Bull. crim.* 2003, n.° 189.

⁶ Cass. crim., 25 octobre 2016, pourvoi n.° 16-80.366, *Bull. crim.* 2016, n.° 275.

infligée par une décision définitive après cette fusion pour des infractions commises par la société absorbée avant ladite fusion»⁷. Pour motiver sa censure et maintenir sa jurisprudence antérieure, la Chambre avait alors avancé deux motifs. Le premier opposait, à l'interprétation européenne des juges du fond, la jurisprudence même de la Cour de justice, notamment de ses arrêts *Arcaro* et *Berlusconi*⁸, et affirmait donc que la directive susvisée «est dépourvue d'effet direct à l'égard des particuliers»; **la Chambre s'était ainsi fondée sur l'impossible** neutralisation de la norme interne (*i.e.* l'impossibilité pour le juge d'écarter une norme interne), quand l'application d'une directive «pourrait déterminer ou aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en contrevenant à ses dispositions»⁹. Le second motif reposait classiquement sur l'interprétation de l'article 121-1 et sur l'affirmation péremptoire qu'il ne pouvait pas y en avoir d'autre interprétation: «l'article 121-1 du code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que celle-ci ne perde son existence juridique». **Pour autant, à défaut de plus ample motivation, la seule certitude était que, pour la Chambre, le principe de personnalité de la responsabilité pénale s'appliquait de manière égale aux personnes physiques et morales. Pour aller au-delà et trouver les fondements de cette interprétation, il fallait consulter la doctrine, laquelle en appelait au Conseil constitutionnel qui décide que le principe de la personnalité de la responsabilité, applicable à toute personne, ne souffre pas d'exceptions en droit pénal, ou à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui juge qu'«il existe une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux»,** règle transposable, en droit français, des personnes physiques aux personnes morales dès lors que l'article 133-1 du code pénal traite à l'égal la mort des personnes physiques et la dissolution des personnes morales¹⁰.

⁷ CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho*, C-343/13.

⁸ CJCE, 26 sept. 1993, *Arcaro*, C-168/95; CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

⁹ Cass. Crim. 3 fév. 2016, pourvoi n.° 14-85.198.

¹⁰ «Le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine. Toutefois, il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation».

C'est pourtant bien une *autre* interprétation de l'article 121-1 que livre la décision de novembre 2020. Une interprétation nouvelle qui n'aurait été rendue possible, aux dires de la Chambre, que par une nouvelle jurisprudence de la Cour européenne. Amenée pour la première fois, en 2019¹¹, à se prononcer sur la question même de la responsabilité en cas de fusion-absorption, la Cour a, il est vrai, dissocié la situation des personnes physiques et des personnes morales, en des termes qui, selon la Chambre criminelle, non seulement permettaient mais plus encore imposaient un revirement de sa propre jurisprudence. La Cour, statuant, en matière pénale, sur le système français, après avoir observé «*qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, il y a transmission universelle du patrimoine, [que] les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde, et [que] l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération*», a, en effet, jugé «*[que du] fait de cette continuité d'une société à l'autre, la société absorbée n'est pas véritablement «autrui» à l'égard de la société absorbante. Ainsi, condamner la seconde à raison d'actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion-absorption ne contrevient qu'en apparence au principe de la personnalité des peines, alors que ce principe est frontalement heurté lorsqu'il y a condamnation d'une personne physique à raison d'un acte commis par une autre personne physique*»¹².

Un verrou venait donc de sauter permettant, à certaines conditions, un traitement différencié des personnes physiques et des personnes morales, ouvrant la porte sur de nouvelles perspectives. C'est du moins le rôle primordial que la Chambre criminelle fait jouer à cette décision. Un jeu à double détente: la décision autorise une interprétation nouvelle de l'article 121-1 du code pénal dans le respect de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui permet, par voie de conséquence, à la Chambre de remplir son obligation d'interprétation conforme au regard du droit de l'Union européenne.

Pour fonder son interprétation nouvelle, la Chambre constate ainsi que la décision de la Cour européenne rompt avec une approche anthropomorphique et formaliste pour adopter une approche économique et réaliste de l'opération de fusion-absorption. Reprenant,

¹¹ CEDH, 24 octobre 2019, *Carrefour France c. France*, n.° 37858/14.

¹² § 48.

comme l'avait fait la Cour, le mécanisme interne de fusion-absorption tel que l'organise le code de commerce, elle conclut, comme la Cour, que *«l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui constitue la réalisation de son objet social, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération»*, qu'en raison de *«la continuité économique existant entre la société absorbée et la société absorbante»*, *«la société absorbée n'est pas véritablement "autrui" à l'égard de la société absorbante»*. Dès lors, *«la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale conduit à ne pas considérer la société absorbante comme étant distincte de la société absorbée, de sorte que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'oppose pas à ce que l'article 121-1 du code pénal soit désormais interprété comme permettant que la première soit condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la seconde avant l'opération de fusion-absorption»*, la Chambre ajoutant que *«l'article 6 du code de procédure pénale, qui ne prévoit pas expressément l'extinction de l'action publique lors de l'absorption d'une société, ne s'oppose pas non plus à cette interprétation»*.

La Chambre franchit en conséquence une seconde étape dans son raisonnement. Revenant sur le motif premier de cassation de l'arrêt de 2016, selon lequel la directive ne peut pas avoir d'effet direct à l'encontre des particuliers, elle rappelle deux choses: en premier lieu, que cette solution trouve sa *«limite lorsque le texte national peut être interprété dans le sens de la directive de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'écarter pour donner son plein effet à cette dernière»* (la Chambre oppose ainsi à la neutralisation l'interprétation); en second lieu, dans la mesure où cette limite est respectée, interpréter le droit interne dans un sens conforme au droit européen est une obligation pour le juge interne. Or, en l'occurrence, elle estime que *«dès lors qu'une nouvelle interprétation de l'article 121-1, respectueuse de l'article 6§2 de la Convention européenne, est [désormais] possible»*, elle *«devient nécessaire»* et *«s'impose à la Cour de cassation puisqu'elle est la seule à permettre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015»*. A la suite, la Chambre, dans son arrêt, expose l'intégralité du raisonnement de la Cour de justice, s'en appropriant, pour motiver sa décision, les éléments qui tiennent tant au mécanisme et à la nature de la fusion-absorption qu'aux objectifs des directives en la matière. Elle retient ainsi que la Cour de justice relève d'abord que *«l'opération de fusion par absorption entraîne de façon automatique non seulement la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, mais aussi la cessation de l'existence de la société absorbée; que «sans la transmis-*

sion à la société absorbante de la responsabilité contraventionnelle, cette responsabilité serait éteinte», ce qui «serait en contradiction avec la nature même de la fusion par absorption (...) [qui] consiste en un transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante par suite d'une dissolution sans liquidation»; que la Cour relève ensuite que son «interprétation répond à l'objectif posé par la directive de protection des tiers, parmi lesquels figurent (...) les Etats dont les autorités sont susceptibles d'infliger une sanction pour une infraction commise avant la fusion», car «si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné». Et la Chambre criminelle de conclure que, pour donner plein effet à cette interprétation européenne, «en l'état actuel du droit interne, l'interprétation de l'article 121-1 du code pénal autorisant le transfert de responsabilité pénale entre la société absorbée et la société absorbante est la seule voie permettant de sanctionner pécuniairement la société absorbante pour des faits commis avant la fusion par la société absorbée».

Le cheminement européen de la Chambre n'en était pas pour autant terminé. Il lui fallait faire retour à la Cour européenne (et, indirectement, à la Charte des droits fondamentaux) car, si l'interprétation nouvelle de l'article 121-1 du code pénal était la seule voie possible pour remplir l'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur le juge, elle n'en constituait pas moins un revirement de jurisprudence. Or, la Chambre avait toujours jugé et maintenu, malgré une position contraire de la Cour européenne, que le principe de non-rétroactivité d'une loi plus sévère ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle. Il est ainsi d'autant plus remarquable, que, pour revenir sur sa jurisprudence, elle ait utilisé les mots même de la Cour européenne, jugeant¹³ ainsi que «cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef».

¹³ Il va de soi qu'il s'agit là d'un revirement capital, qui, bien au-delà de l'étroite question qui a été l'occasion de l'accomplir, a une vocation générale.

On ne peut que souligner –et s’en féliciter– le souci de juger en «cohérence avec le double contexte jurisprudentiel européen»¹⁴ que manifeste ici –et de plus en souvent¹⁵– la Chambre criminelle. On ne peut aussi que souligner –et s’en féliciter– l’avancée majeure que constitue la solution retenue dans la recherche, face à des enjeux importants (économiques, sociaux, environnementaux, etc.), de moyens juridiques susceptibles «d’éviter que la sanction d’un comportement illégal ne soit empêchée par le simple jeu d’un mécanisme du droit des sociétés»¹⁶. Néanmoins, à y regarder de plus près, cette avancée majeure laisse transparaître combien il est malaisé de statuer sur la responsabilité pénale des personnes morales.

III. Le malaise jurisprudentiel

Toute importante que soit l’interprétation nouvelle de l’article 121-1 du code pénal, elle n’en a pas moins une portée très partielle: elle ne s’applique qu’aux sociétés anonymes¹⁷, ne permet qu’un «transfert» de responsabilité et le prononcé de sanctions pécuniaires¹⁸. La raison en est qu’en se plaçant sur le terrain de l’obligation d’interprétation conforme, la Chambre s’est elle-même imposé de ne pas aller au-delà d’un certain champ personnel et d’un certain mécanisme d’imputation qui sont ceux de la directive: celle-ci, en effet, ne vise «pour la France [que] les sociétés anonymes» d’une part; d’autre part, le transfert de la responsabilité se fonde sur la transmission universelle du patrimoine conduisant à considérer que les sanctions infligées ne puissent être que patrimoniales. La logique est indéniablement civiliste, et bien peu pénaliste. Elle est, en tout cas, difficilement compatible avec les affirmations selon lesquelles, pour la Chambre criminelle, «la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale conduit à **ne pas considérer** la société absorbante **comme étant distincte** de la société absorbée», ou, pour la Cour européenne, qu’en raison de la «continuité d’une société à l’autre, la société absorbée **n’est pas véritablement** «*autrui*» à l’égard de la so-

¹⁴ Formule utilisée par la Chambre dans sa Note explicative.

¹⁵ Les décisions de 2016 et de 2020 n’ont pas été rendues sous la même présidence.

¹⁶ Formule utilisée par la Chambre dans sa Note explicative.

¹⁷ Et aux SAS (sociétés par actions simplifiées) qui, selon le code de commerce, ne sont qu’une catégorie des sociétés par actions, précise la Note explicative.

¹⁸ Mais la reconnaissance de culpabilité de la société absorbante peut, en dehors du droit pénal, conduire à des solutions qui lui sont défavorables, comme, par exemple, l’exclusion des marchés publics selon les règles administratives d’attribution de ces marchés.

ciété absorbante». Si les deux sociétés ne sont pas «distinctes», c'est qu'elles ne font qu'une; si l'une n'est pas «autrui» par rapport à l'autre, c'est qu'elles ne sont qu'une. Dès lors la responsabilité pénale est celle de cette personne unique¹⁹. Le recours à l'idée d'indistinction aurait dû, en bonne logique, conduire à considérer que toute fusion-absorption, par sa nature même, emporte la responsabilité pénale de toute société absorbante pour toute infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion et autorise le prononcé de toutes les sanctions pénales encourues²⁰.

Cette solution, la Chambre l'a réservée à l'hypothèse de la fraude. Ainsi juge-t-elle: «il doit être considéré que l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale». Il importe de constater que «cette possibilité est indépendante de la mise en œuvre de la directive du 9 octobre 1978, précitée», et qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité pénale par transfert mais bien d'une responsabilité propre de la société absorbante dont la note explicative précise qu'elle est «pleine et entière (...), l'effet illicite recherché devant être considéré comme non avenu, toute peine encourue par la société absorbée peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante»²¹. Ni l'arrêt ni la note explicative ne fournissent de plus amples explications. Aussi, peut-on se demander si la Chambre a simplement saisi l'occasion de cette espèce pour enfin prendre en compte une doctrine²² qui, de longue date, préconisait une telle solution, ou, si elle a trouvé là le moyen de restreindre la portée du cantonnement qu'elle s'était imposé en se plaçant sur le terrain de l'obligation d'interprétation conforme. Le restreindre, sans le faire disparaître pour autant. La responsabilité pénale des sociétés absorbantes

¹⁹ Ce qui, au demeurant, est plus en accord avec l'article 121-1 qu'une responsabilité «transférée».

²⁰ Une certaine doctrine remet en cause toute possibilité d'une responsabilité pénale de la société absorbante au motif que les conditions d'engagement de cette responsabilité prévues par l'article 121-2 (à savoir une infraction commise par un organe ou représentant) ne seraient pas remplies. On doit pourtant considérer que si la société absorbée survit dans la société absorbante, les infractions des organes ou représentants qui auraient engagé la responsabilité de la société absorbée engagent celle de la société absorbante.

²¹ La Chambre s'est refusé à voir dans cette solution un revirement de jurisprudence au motif qu'elle «n'avait jamais eu à se prononcer sur ce point» et que sa «doctrine n'était pas imprévisible». Et la Note explicative de citer à l'appui un arrêt de 1970 rendu en droit pénal du travail. Pourtant, la cassation, dans son arrêt du 20 juin 2000, était intervenue alors que les juges du fond avaient retenu la responsabilité pénale de la société absorbante en raison d'une opération de fusion qu'ils avaient jugée frauduleuse.

²² Voir, notamment, GALLOIS, A., «La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse», *Dr. sociétés* 2010, Etude 7.

n'évite pas les trous noirs, n'évite donc pas la critique de certains d'une rupture d'égalité entre personnes morales. Il aurait pourtant suffi à la Chambre d'arrêter son raisonnement à mi-chemin, de s'en tenir à la nouvelle interprétation qu'autorisait la Cour européenne pour donner un champ général à la responsabilité de la société absorbante (ce champ général englobant nécessairement les situations relevant du droit de l'Union européenne).

L'audace aurait-elle été trop grande ? Hors l'hypothèse de la fraude, le souci de la Chambre n'a-t-il été que de «cohérence» et «convergence» jurisprudentielles ? Si l'arrêt ne met en exergue que la volonté d'une évolution en cohérence avec le double contexte jurisprudentiel européen, la note explicative y ajoute que cette «évolution s'inscrit aussi dans un mouvement jurisprudentiel *interne convergent*», et de citer la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, en matière de concurrence, admet l'application à la société absorbante d'amendes civiles pour des actes commis par la société absorbée²³, ou le Conseil d'Etat qui, en matière de régulations des marchés financiers et en matière fiscale, admet que des sanctions pécuniaires soient prononcées à l'encontre de la société absorbante²⁴, ou enfin le Conseil constitutionnel qui a considéré que le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, notamment en raison de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques, précisant que l'amende civile encourue par la société absorbante est une sanction pécuniaire et qu'elle ne peut être prononcée que contre une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine de la société absorbée dissoute sans liquidation²⁵. Encore fallait-il, pour inscrire sa jurisprudence dans cette évolution²⁶, que la Chambre criminelle considère que la réserve formulée par le Conseil constitutionnel –à savoir que le principe nul n'est responsable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations «en dehors du droit pé-

²³ Cass. com., 28 février 2006, pourvoi n.° 05-12.138, *Bull.* 2006, IV, no 49; Cass. com., 21 janvier 2014, pourvoi n.° 12-29.166, *Dr. pén.* 2014, étude 6.

²⁴ CE, 22 nov. 2000, n.° 207697, *JCP E* 2007, 1781, confirmé depuis de manière constante.

²⁵ Cons. const., 18 mai 2016, décision n.° 2016-542 QPC.

²⁶ Il n'est pas inintéressant de noter que toutes les jurisprudences citées dans la note explicative concernent des responsabilités pécuniaires. Comme si la Chambre avait voulu trouver là la justification des limites qu'elle impose à la sanction de la société absorbante. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est ainsi passée sous silence. Si, dans sa décision du 22 novembre 2000 (n.° 207697), ce dernier avait refusé la possibilité qu'un blâme soit infligé à la société absorbante, il a admis depuis, à certaines conditions, qu'une interdiction d'exercice d'une activité professionnelle puisse être prononcée à l'encontre de la société absorbante (CE, 5 juin 2019, n.° 422627).

nal *stricto sensu*» – céderait devant la similitude des situations, ou pour le dire autrement que le Conseil pourrait –pourra– dépasser, en droit pénal aussi, l'apparence.

Tout est bien là, dans l'apparence. Nul doute qu'en cas de fusion-absorption, l'on soit en face d'une «même entreprise», mais est-on en face d'une «même personne»? La Cour européenne elle-même n'en est pas si sûre: «la société absorbée n'est pas véritablement «autrui» par rapport à la société absorbante». Pas véritablement *autrui*, c'est-à-dire *autrui* mais pas vraiment... Cette hésitation ou pondération n'a guère d'incidence pour les droits dans lesquels l'entreprise (sa continuité économique, fonctionnelle, son patrimoine) est au cœur des règles (d'où les diverses jurisprudences commerciales²⁷, administratives, européennes²⁸). Mais la réalité de l'entreprise peut-elle emporter complètement l'apparence de la forme juridique en droit pénal? Car c'est bien la *personne* qui est au cœur des règles pénales, qui est le sujet de la responsabilité. Pourrait-on ajouter, malheureusement...? Toutes les difficultés²⁹ que les juges rencontrent – qui les conduisent à un certain «bricolage juridique» pour éviter que de simples mécanismes relevant du droit des sociétés n'entravent la répression de comportements illégaux – tiennent, en effet, à la personnalité, au fait que l'on a choisi en France d'instaurer une responsabilité pénale des «personnes morales»: une responsabilité dont on peut dire qu'elle était, dès l'origine, mal née³⁰. Là où les travaux préparatoires avaient envisagé une responsabilité des groupements, la loi a, en effet, instauré une responsabilité des personnes morales, sur fond d'un discours idéologique de personnalité

²⁷ Les termes utilisés par la Chambre commerciale (ou le Conseil constitutionnel qui valide sa jurisprudence) en font preuve: «L'article L. 442-6 du code de commerce visant tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers qui se rend responsable de pratiques restrictives de concurrence, cette disposition s'applique à toute "entreprise", indépendamment du statut juridique de celle-ci».

²⁸ Pour une analyse des «Leçons» que le droit pénal pourrait tirer des droits extra-pénaux et internationaux, voir Giudicelli-Delage G./Manacorda S. (dirs.), *La responsabilité pénale des personnes morales: Perspectives européennes et internationales*, SLC, 2013.

²⁹ En cette matière, mais aussi pour imputer des infractions à des sociétés-mères ou à des groupes de sociétés, etc.

³⁰ Pour une analyse critique du modèle français, tant législatif que jurisprudentiel –si elle est mal née, elle peut aussi parfois être mal interprétée–, voir nos contributions: «La responsabilité des personnes morales», en *Rev. jur. d'Ile de France*, 1994 n.° 32, p. 59; «La responsabilité des personnes morales en France», en Schütz, R.-N./Breillat, D./Giudicelli A. (dirs.), *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, LGDJ, 2005, p. 187; «Repenser la responsabilité pénale des personnes morales», en *Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthemis, 2014, p. 249.

et d'égalité³¹ venu habiller une volonté pragmatique d'engager la responsabilité pénale des entreprises. C'est de ce vice originel que naît le malaise. Car, ainsi que le notait Mireille Delmas-Marty, dans le *Corpus Juris*, «la restriction de la responsabilité pénale aux personnes morales proprement dites est historiquement dépassée» car «le critère de la personnalité ne répond plus à la réalité des affaires». La réalité criminologique enseignerait que c'est au profit d'entreprises (et non de personnes morales), en tout cas de celles que l'on nomme multinationales ou transnationales, que sont commises des infractions qui sont, pour certaines, parmi les «crimes» les plus graves (non seulement blanchiment, corruption mais encore «crimes» contre l'environnement, violations massives des droits de l'homme). La réalité sociétale enseignerait que, contrairement à l'égalité juridique instaurée, les personnes morales ne «vivent» pas et ne «meurent» pas comme les personnes physiques; elle montrerait aussi que bien peu de droits positifs sont armés pénalement pour faire face à la sophistication croissante des montages juridiques et des restructurations permanentes qui entravent les mécanismes d'imputation quand bien même cette incidence ne serait pas recherchée³². En tout cas, la France ne l'est pas. «En l'état actuel du droit interne, l'interprétation de l'article 121-1 (...) est la seule voie (...)». Sans doute la Chambre criminelle a-t-elle raison de penser qu'une réforme législative n'est pas mûre, et qu'il lui appartient, avec ses moyens, d'au moins donner effet au droit européen.

³¹ «Dès lors que la loi pénale a pour fonction de refléter l'état des valeurs morales, sociales et économiques de la société, elle devait tenir compte de l'impact des actions aujourd'hui menées par les personnes morales (...). Les personnes morales qui agissent dans les mêmes domaines que les personnes physiques doivent subir les mêmes contraintes juridiques qu'elles. Ce principe est en outre légitime dans une société démocratique où la liberté rend chacun pleinement responsable de ses actes» (Intervention du Ministre de la Justice Pierre Méhaignerie). Voir *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, précité, p. 188.

³² Pour une comparaison horizontale entre tous les pays de l'Union européenne quant au recours à la notion de personne morale, et quant à la question de la responsabilité pénale de la société absorbante, voir notre contribution intitulée «Le champ personnel et matériel», en Fiorella, A. (ed.): *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. II, Jovene Editore 2012.

COMPLIANCE PÚBLICO Y DERECHO DISCIPLINARIO

MANUEL GÓMEZ TOMILLO
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

I. Introducción

Sin duda, el mérito del descubrimiento del *compliance* público en España se debe a la escuela del profesor Arroyo Zapatero y, en especial, a Adán Nieto Martín¹. Pese a ello, hasta la fecha, en nuestro país, ha sido escasa o nula la implementación de tales programas de cumplimiento público, seguramente por ignorancia, dejadez o razones presupuestarias. El presente trabajo, redactado en honor del primero, pretende ahondar en alguno de los aspectos de dicho *compliance* público, cual es el papel que debería tener el derecho disciplinario, singularmente en la prevención de la corrupción². Seguramente, dicho papel sea de segundo orden. Sin embargo, como veremos, no por ello carece de importancia.

II. Hipótesis de conductas que constituyen simultáneamente delito e infracción disciplinaria

1. Las duplicidades sancionatorias y criterio de distinción

Una de las características del Derecho disciplinario español es el de la duplicidad de conductas punibles con el Derecho penal. Incluso,

¹ *Vid.*, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A., «De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas», *Public compliance, Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (A. Nieto Martín/M. Maroto Catalayud, dirs.), Cuenca, 2014. En síntesis, éste consistiría en la adopción de programas de cumplimiento por parte de las diversas administraciones públicas, como se subraya en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y que se ha adoptado en países como Italia tras la Legge anticorruzione n.º 190/2012.

² Partimos de un concepto de corrupción amplio; *vid.* detalles, por muchos, en ACALE SÁNCHEZ, M., «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, (L. M. Puente Aba, dir.), Granada, 2017, singularmente pp. 21 y ss.

en ocasiones, en España se detecta hasta una triple, o más, tipificación en diversos textos legales: en el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, en lo sucesivo EBEP), en el Reglamento de Disciplina de Funcionarios (RD 33/1986 de 10 de enero), en las leyes disciplinarias autonómicas, en la Ley de Transparencia (Ley 19/2013 de 9 de diciembre) y en las leyes de urbanismo o en las medioambientales. Sin ánimo exhaustivo, pueden proporcionarse diversos ejemplos significativos para nuestro objeto de estudio.

1) El art. 95.2.j) EBEP se refiere a «[l]a prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro». Por su parte, el art. 29.1.h) de la Ley de Transparencia sanciona como infracción muy grave «[l]a prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro».

Se trata de tipos sancionadores tan amplios que, prescindiendo de detalles, puede aceptarse que se solapan tanto con el cohecho pasivo, propio e impropio, arts. 419 y ss. CP, como con el tráfico de influencias, arts. 428 y ss. CP y, seguramente, con otros tipos como el previsto en el art. 436 CP.

2) El art. 95.2.e) EBEP sanciona: «La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función». Dicho texto coincide con el art. 29.1.d) de la Ley de Transparencia. A su vez, se trata de infracciones que coinciden ampliamente con, al menos, los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, revelación de secretos y uso de información privilegiada, arts. 413 CP, 414 CP, 415 CP y 417 CP.

De igual manera, el art. 29.2.d) de la Ley de Transparencia sanciona: «No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio», lo cual se solapa con el delito de revelación de secretos del art. 417 CP.

3) El art. 95.2.d) EBEP tipifica como infracción muy grave «[l]a adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos». Coincide en su contenido con el art. 29.1.c) de la Ley de Transparencia que se expresa en idénticos términos, también como infracción muy grave. Se puede discutir si es más amplia la infracción disciplinaria, pero no se puede dudar de que la práctica totalidad de supuestos de prevaricación administrativa del art. 404 CP encajan también en la citada norma, así como los casos de las prevaricaciones especiales de los arts. 320, 322 y 329 CP.

4) El art. 7.1.h) del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios establece que constituye una falta grave: «La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave»³. Nuevamente, hay una coincidencia con el art. 29.2.c) de la Ley de Transparencia, también como infracción grave. Por lo que concierne a la emisión de informes incompatibles con el ordenamiento jurídico, es claro el solapamiento con los citados arts. 320, 322 y 329 CP, que se refieren a la emisión de informes contrarios a las normas urbanísticas o de ordenación del territorio, de protección del patrimonio histórico y artístico, y medioambientales, al tiempo que, en otras materias, por ejemplo contratación pública, puede coincidir con la complicidad o la cooperación necesaria en el delito de prevaricación administrativa.

Para acabar de complicar el panorama, en las diferentes normativas sancionadoras autonómicas en materia de urbanismo se detectan tipos sancionatorios que también punen la emisión de informes ilegales o la adopción de acuerdos ilegales.

5) La infracción del deber de abstención constituye falta grave en el art. 29.2.b) de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en el art. 7.1.g) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, pues ambos sancionan la intervención del funcionario en el procedimiento administrativo cuando concurre en él alguna de las causas de abstención legalmente señaladas. Las coincidencias son claras con el delito del art. 439 CP, negociaciones prohibidas a funcionario público.

6) Tampoco puede descuidarse que conforme al art. 93.2 del EBEP no solo son punibles disciplinariamente las conductas de autoría, sino, también las de inducción o instigación, esto es, hacer surgir en otro la decisión de cometer la infracción. Exactamente lo mismo que en Derecho penal, art. 28 A) CP.

Las descritas duplicidades demandan lógicamente la adopción de criterios de distinción. Como es conocido, conforme a la doctrina constitucional, acogida por la ley vigente (por ejemplo, *vid.* art. 31.1 de la Ley 40/2015), no puede existir una duplicidad sancionatoria cuando coincidan el sujeto, los hechos y el fundamento. Asumiendo la dificultad de encontrar un fundamento diverso, y a la vista de la primacía del orden jurisdiccional penal, podría concluirse la inutilidad de estas dispo-

³ Coincidiendo con numerosas leyes disciplinarias autonómicas. Así, por ejemplo, *vid.* el art. 82.1.j) de la Ley 7/2005 de Personal al Servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

siciones administrativas que establecen infracciones administrativo-disciplinarias. Probablemente tal conclusión sería apresurada. Es posible articular unas y otras figuras, de forma que se las dote de un contenido satisfactorio y perfectamente deslindado unas de otras. Para ello se puede proporcionar alguna pauta doctrinal, en cuanto jurisprudencialmente no es fácil encontrar elementos de juicio.

Desde nuestro punto de vista, se puede partir de la idea de que mientras el Derecho penal se articula esencialmente en torno a hechos dolosos, el Derecho administrativo sancionador (y, dentro de él, incluimos al disciplinario) es también el Derecho de la imprudencia⁴. Con independencia de que no se trata ni mucho menos de un criterio universal, de esa idea se puede deducir una primera conclusión. Cuando en abstracto coincidan infracciones administrativas y delitos, la diferencia entre ellas puede radicar en que las primeras son dolosas o culposas y los segundos, en el contexto que nos ocupa, necesariamente dolosos. Pese a ello, por una parte, el criterio adoptado, no vale en todo caso, puesto que hay infracciones disciplinarias que son necesariamente dolosas («[l]a prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro»). Por otra, se plantea el problema del excesivo alcance que la infracción administrativa puede tener. Si, por ejemplo, se anula una licencia, o un concurso, tras el informe técnico favorable, se podría actuar punitivamente contra el técnico que informó o contra quienes adoptaron el acuerdo ilegal, ya que hemos visto que la adopción de acuerdos ilegales o la adopción de informes ilícitos es constitutivo de infracción disciplinaria, punible conforme al criterio expuesto cuando sea culposa.

2. *Primera conclusión*

Las duplicidades expresadas no son irrelevantes desde la perspectiva de este trabajo. Detectado un comportamiento doblemente tipificado, un buen programa de cumplimiento público debería prever el deber de iniciar el procedimiento disciplinario, automáticamente suspenderlo y dar traslado al ministerio fiscal (o juzgado de instrucción). Obviamente, si el delito

⁴ El Derecho administrativo sancionador (en el que incluimos el disciplinario) se caracteriza por punir conductas dolosas e imprudentes, frente al Derecho penal en el que estas últimas solo se castigan cuando expresamente así se prevea, sobre la base del art. 12 CP; *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M./SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 4.^a ed, 2017, Cap. 16.2. En el mismo sentido del texto, véase, en Alemania, GÜRTLER, F., *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17. Aufl., 2017, § 21, 3.

se detecta una vez iniciado el procedimiento disciplinario, también debe preverse el deber de suspenderlo y dar traslado a la jurisdicción penal.

La razón por la que propugnamos que, en caso de detección del ilícito doblemente tipificado, se inicie un procedimiento disciplinario y, posterior o simultáneamente, se dé traslado, radica tanto en la necesidad de evitar la prescripción de la infracción disciplinaria, como en el aumento de la eficacia preventiva (al no generar la expectativa de que la conducta quedará en un simple ilícito disciplinario).

Por lo que concierne a la prescripción, el problema se puede presentar porque el art. 30.2 de la Ley 40/2015 dispone que interrumpirá el plazo de prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de «un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora»⁵. Parece claro que la Ley está pensando en un procedimiento administrativo y no penal. Con la regulación anterior de la Ley 30/1992, el problema se podía resolver en la medida en que el anterior art. 132.2 hablaba del «procedimiento sancionador» y el proceso penal inequívocamente lo es. En consecuencia, la iniciación de un proceso penal, podía determinar la interrupción de la prescripción de una infracción administrativa. De hecho, la jurisprudencia en las escasas ocasiones en las que se ocupó de la cuestión venía adoptando tal criterio. Tras la aprobación de la nueva regulación en la que el citado art. 30.2 de la Ley 40/2015 dispone que interrumpirá el plazo de prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de «un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora», debe concluirse que si tan solo ha habido un proceso penal, éste no puede por sí mismo interrumpir la prescripción de la infracción administrativa⁶. Que se trata de un criterio criticable no nos cabe duda alguna. No resulta razonable que habiendo habido un acto de persecución punitiva por parte del Estado, éste sea insuficiente para determinar la prescripción. Sería aconsejable que, al hilo de la regulación especial de las correspondientes infracciones administrativas, se establecieran normas *ad hoc* que contemplaran la situación descrita y cerraran el paso a una potencial prescripción en los casos en los que se siguiera un procedimiento penal por hechos que, simultáneamente, pudiesen ser constitutivos de delito e infracción ad-

⁵ Recordemos que, conforme al art. 25.3 de la Ley 40/2015: «Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo».

⁶ Recuérdese que no es posible apreciar causas de prescripción extralegales distintas de las previstas en la Ley, por ejemplo, SSTC 97/2010, de 15 de noviembre; 14/2016 de 1 de febrero, FJ 3.

ministrativa y que concluyeran bien con la absolución, bien con el sobreseimiento por parte del poder judicial⁷.

En cuanto al deber de traslado, como punto de partida, debe asumirse que en nuestro sistema, si la Administración detecta una infracción administrativa que simultáneamente puede tener la consideración de delito, debería suspender el procedimiento y dar traslado al Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción⁸. Tal previsión expresa no se detecta en las leyes 39/2015 y 40/2015, como acaecía con el art. 7.1 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Estado⁹. Como mucho, quizá, se pueda sostener que el deber de suspender dimana tácitamente del art. 77.4 de la Ley 39/2015¹⁰. Dicho problema desaparece cuando de infracciones disciplinarias se trata (al menos en la legislación estatal). Así, el art. 94.3 EBEP dispone: «Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal». De igual manera, en el art. 30.6 de la Ley de Transparencia se establece: «Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal». Subrayamos que en ambos preceptos la redacción es imperativa. Tal dualidad de situaciones legales (la administrativo-sancionatoria general y la disciplinaria) no es jurídicamente irrelevante. Aun cuando la cuestión requiere de un análisis más detenido, aquí po-

⁷ El problema se plantea también en la Ley de Transparencia, cuyo art. 32.3 se remite a la legislación estatal: «Para el cómputo de los plazos de prescripción regulados en los dos apartados anteriores, así como para las causas de su interrupción, se estará a lo dispuesto en el art. 132 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». *Vid.*, no obstante, por ejemplo, el art. 38.4 LOPSC: «Se interrumpirá igualmente la prescripción como consecuencia de la apertura de un procedimiento judicial penal, hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización en los términos del apartado 2 del art. 45»; *vid.*, asimismo, el art. 189.3.b) de la LGT.

⁸ El deber de trasladarlo al Ministerio Fiscal es una previsión común en los sistemas de nuestro entorno jurídico y cultural. Al respecto, *vid.* § 41 de la OWiG alemana, hasta el punto de que se habla de prevaricación por omisión en caso de no cumplir con dicho deber (GÜRTLER, F., *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 41, 1). Esta última posibilidad, en España se ve dificultada con la desaparición del deber legal expreso. En nuestro país, permanece, no obstante, la obligación de denuncia sobre la base del rancio art. 262 de la LECr, seguramente insuficiente para construir el delito del art. 404 por omisión.

⁹ Al respecto, *vid.* PICÓN ARRANZ, A., «El alcance del principio *non bis in idem* en el ámbito del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho aplicado*, LLM UC 6, 2020, especialmente, p. 11, n. 23.

¹⁰ «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.»

demos concluir que, en lo que al procedimiento disciplinario concierne, omitir trasladar hechos delictivos al Ministerio Fiscal podría determinar responsabilidad penal (bien acudiendo a una prevaricación administrativa omisiva, bien al delito del art. 408 CP), la cual es más difícil de articular fuera del ámbito disciplinario.

Dicho lo anterior, debe subrayarse que existen muy poderosas razones por las que debe primar el procedimiento penal: por su carácter más garantista¹¹ (judicialización plena, oralidad, derecho a la última palabra, derecho a la doble instancia¹², etc.), por sus mayores posibilidades investigadoras necesarias para llegar a la verdad material¹³, por la protección

¹¹ Se ha dicho que tal idea es contradictoria con el dato de que al final la prevalencia de la vía jurisdiccional penal puede acabar perjudicando los intereses del infractor (ALONSO MAS, M. J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Valencia, 2005, p. 56). Sin embargo, no es el fundamento único de la prevalencia del procedimiento penal y, en todo caso, se trata de una consideración efectuada en abstracto, con independencia de lo que pueda resultar en el caso concreto; no se trata de optar por el resultado potencialmente más beneficioso para el ciudadano, sino por el procedimiento que, a priori, ofrece más garantías desde el punto de vista del Estado.

¹² No obstante, en materia administrativo-sancionadora, ya no en fase administrativa, sino jurisdiccional, *vid.* la STEDH Saquetti Iglesias v. España de 30 de junio de 2020.

¹³ Apenas es preciso recordar que el procedimiento administrativo sancionador tiene cerrada diversas posibilidades investigadoras que, sin embargo, pueden ser utilizadas en el procedimiento penal. Entre ellas podemos destacar ahora algunas. Así, cabe la cita de la intervención de las telecomunicaciones (*vid.*, no obstante, la STS de 27 de septiembre de 2010, sala tercera, en cuanto a la posibilidad de interceptación de telecomunicaciones por infracción administrativa; sobre el particular en la literatura, *vid.* REBOLLO PUIG, M., «La actuación inspectora», *Función inspectora*, J. J. Díez Sánchez, Coord., INAP y Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2013, p. 86; BLANQUER CRIADO, D., *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Valencia 2018, pp. 155 y ss.). De igual forma, en principio no cabe en el procedimiento administrativo sancionador la utilización de la mayor parte de los métodos previstos en el art. 588 bis.a) LECr): captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen. Asimismo, no se tiene acceso a la orden europea de investigación (*vid.* Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio. Por una parte, el art. 186 dispone: «1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución». Ciertamente el adjetivo «penal» podría interpretarse flexiblemente. Sin embargo, el art. 187 es inequívoco: «Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento. Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores». Algunas autoridades administrativas de los Estados de la Unión sí que podrán impulsar dicha orden (*vid.* art. 186.2: «La orden europea de

penal reforzada en caso de no prestar colaboración (arts. 458 y 463 CP), así como por el hecho de que la potestad sancionadora sea una excepción al principio de separación de poderes que debe dejar paso a la regla, esto es, que la potestad de juzgar esté en manos del poder judicial.

3. *Casos en los que, pese a la prohibición de doble sanción, un mismo comportamiento constitutivo de delito se sanciona previamente como infracción disciplinaria por la Administración*

Las situaciones más conflictivas pueden estar presentes en los casos en los que la Administración procede a sancionar los hechos antes que la jurisdicción penal, bien por descuido, bien por desconfianza hacia la jurisdicción penal.

Entendemos que en dicha situación, el enjuiciamiento penal posterior no vulneraría la prohibición de *bis in ídem* procedimental. Aun cuando el análisis requeriría de una aquí imposible exhaustividad, lo cierto es que dicha conclusión se sostiene desde dos puntos de vista. Por una parte, si el Tribunal Constitucional ha convalidado en tales casos la técnica del descuento parece claro que es porque entiende que no es incompatible con el principio. Por otra, la jurisprudencia del TEDH parece también haber convalidado dicha técnica en la STEDH A and B v. Norway 15 de noviembre de 2016, § 132¹⁴. Asimismo, desde la perspectiva material, precisamente la técnica del descuento impide entender que haya doble sanción.

En cualquier caso, si el procedimiento disciplinario y culmina con una sanción, las posibilidades serían, al menos, dos. Si el pronunciamiento es tan solo administrativo (esto es, sin posterior intervención jurisdiccional contencioso-administrativa), no es posible que el criterio de la Administración vincule a la Jurisdicción penal, la cual, por consiguiente, podría, en caso de tener ulteriormente la *notitia criminis*,

investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal»). Se trata de un precepto pensado seguramente en los países en los que las infracciones administrativas se recurren ante la jurisdicción de lo penal.

¹⁴ En general, sobre la cuestión, *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., «*Non bis in ídem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret* 2. 2020, pp. 420 y ss.

conocer de los hechos con libertad. Sin embargo, si se sanciona administrativamente y dicha sanción se recurre en vía contenciosa y se confirma la sanción, seguramente por el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, lo resuelto puede cerrar el paso a un ulterior procedimiento penal contra el mismo sujeto, hecho y fundamento (salvo que el pronunciamiento jurisdiccional se ciña exclusivamente a la revisión de aspectos administrativos y no fácticos, como por ejemplo, competencia, recursos, prescripción de la infracción, caducidad, etc.)¹⁵. A conclusiones diversas se llega, por ejemplo, cuando la sentencia contenciosa analice cuestiones como la concurrencia de dolo o culpa.

Lo expresado, en cualquier caso, pone de relieve la necesidad de formación en Derecho penal de los funcionarios encargados del procedimiento disciplinario, como parte del programa de cumplimiento público, ya que un error en la materia puede tener consecuencias muy negativas tanto desde un punto de vista de economía procesal (por la posibilidad de duplicación de procedimientos), como preventivo (de consolidarse una sanción disciplinaria tras el correspondiente recurso contencioso, cerrando el paso a la jurisdicción penal, lo que habitualmente supondrá un privilegio punitivo).

4. *Casos de previo procedimiento penal condenatorio y posterior disciplinario*

Desde nuestra perspectiva, bajo determinados requisitos, excepcionalmente, sí que es posible acumular dos procedimientos punitivos, penal y disciplinario por los mismos hechos, contra igual sujeto y con idéntico fundamento. Por ejemplo, la Ley de Transparencia prevé para infracciones graves y muy graves, como sanción, consecuencias jurídicas no previstas en el Código Penal; en concreto en el art. 30.2.a) se refiere a: «La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda». Sin embargo, las penas criminales no se publican en el BOE y en las bases de datos de jurisprudencia los nombres de los condenados se eliminan, esto es, se anonimizan las resoluciones. Considerando el descrito

¹⁵ Nuevamente, nos remitimos a GÓMEZ TOMILLO, M., «*Non bis in ídem...*», especialmente 3.3; en el sentido del texto PICÓN ARRANZ, A., «El alcance del principio *non bis in ídem*», p. 13, si bien se abre a la posibilidad de que ni siquiera en tales casos se vulnere la prohibición de *bis in ídem* (p. 13).

solapamiento entre algunas conductas previstas en el Código Penal y en la Ley de Transparencia, no creemos que fuese jurídicamente imposible un ulterior procedimiento administrativo, tras la condena penal, con dicha consecuencia¹⁶. Presupuesto para ello tiene que serlo la posibilidad general de doble sanción material, puesto que ningún sentido tiene un doble procedimiento cuando no es posible una doble sanción. Un análisis de la prohibición de *bis in idem* material desbordaría el ámbito proyectado de nuestro trabajo¹⁷. No obstante, instrumentalmente, ponemos de relieve que sí que juzgamos posible esa doble sanción cuando concurren una serie de requisitos basados en el fundamento plural de la prohibición de *bis in idem* material¹⁸: a) que la posibilidad de doble sanción se encuentre expresamente prevista en la Ley¹⁹; b) que la suma de las sanciones impuestas no sea desproporcionada (lo que requiere un examen de cada caso concreto)²⁰. Trasladado al caso que nos ocupa, lo cierto es que la posibilidad de doble punición está prevista en la Ley de forma débil. Tan solo hay una doble tipificación y una diversidad de consecuencias jurídicas, no una declaración expresa de compatibilidad, por lo que la cuestión entendemos entra en el ámbito de lo discutible²¹. Al margen de ello,

¹⁶ Un análisis diferenciado requeriría las demás consecuencias previstas para infracciones graves y muy graves previstas en el art. 30 de la Ley de Transparencia: «La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo...4. Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente». En tal caso, en principio, no sería posible ir más allá de la condena penal que habitualmente en el campo que nos ocupa supondrá la imposición de la pena de inhabilitación absoluta o especial. No obstante, considerando que en la situación inversa de la pena se puede descontar la sanción administrativa, no sería impensable que aquí se operase a la inversa. Seguramente en la práctica tal hipótesis no se dará muchas veces, no solo por tratarse de casos excepcionales de defecto legislativo (no juzgamos de otra manera la posibilidad de que la sanción administrativa sea superior a la penal), sino porque la Administración bien por haber habido ya un procedimiento penal, bien por razones de prescripción no será frecuente que opte por perseguir los hechos.

¹⁷ Nos remitimos a GÓMEZ TOMILLO, M./SANZ RUBIALES, I, *Derecho administrativo sancionador, Parte general*, Cap. 7.

¹⁸ Más detalles, en GÓMEZ TOMILLO, M., «*Non bis in idem...*», 4.1.

¹⁹ Es ilustrativo el art. 50.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades». Precisamente dicho precepto es recordado por el TJUE en relación con el principio *non bis in idem*, admitiendo que uno de los requisitos para admitir una doble sanción penal y administrativa es que dicha posibilidad se encuentre prevista en la Ley (vid. STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci», §§ 41-43).

²⁰ De acuerdo, PICÓN ARRANZ, A., «El alcance del principio *non bis in idem*», p. 14.

²¹ Sobre la situación en general, puede verse el trabajo de J. ESTEBAN RÍOS, «*Non bis in idem*: independencia de la responsabilidad penal y administrativa en materia de valores y entidades de crédito», REDA 193, 2018, cuyas líneas generales compartimos.

desde una perspectiva procedimental, tampoco juzgamos que un segundo procedimiento disciplinario después del penal condenatorio vulnerase derecho fundamental alguno²².

5. Casos de previo procedimiento penal absolutorio y posterior administrativo

Frente a los supuestos anteriores, es posible que en el previo procedimiento penal no haya habido condena. Obviamente ello es posible tanto en supuestos de sobreseimiento provisional, como en los de sobreseimiento libre²³. Desde nuestra perspectiva, en tales casos también es posible, en ocasiones, un ulterior procedimiento disciplinario (cuando sujeto, hecho y fundamento se encuentren en línea con el ventilado en el anterior penal), singularmente, cuando la absolución penal, por sentencia firme, se deba a ciertas clases de defecto procesal²⁴, o al excepcional caso en el que se aprecie la prescripción del delito, pero no pueda decirse lo mismo de la infracción administrativa²⁵. Cuando hablamos de absolución por defecto procesal, nos referimos, por ejemplo, a las hipótesis de deficiente calificación por parte de la acusación, que no sea homogénea con la procedente (en el caso de absolución por defecto consistente en una deficiente motivación, a su vez depende de las razones de

²² Por razones de espacio, permítasenos remitimos a nuestro trabajo Gómez Tomillo, M., «*Non bis in idem...*», 4.1.

²³ Dejamos al margen, los casos de inadmisión a trámite de querrela o denuncia, en los que, sin embargo, el proceso ni siquiera ha comenzado. Recuértese que el TC sostiene que «quien ejercita la acción penal en forma de querrela no tiene un derecho incondicionado a la «apertura y plena sustanciación» del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en la que se expresen las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite, sin que, por consiguiente, quede garantizado el éxito de la pretensión punitiva planteada por la parte acusadora y sin que el Estado, verdadero y único titular del *ius puniendi*, venga obligado a «imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa extintiva de la responsabilidad penal» (por todas, STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4)...». Asimismo, el TC venía entendiendo que no había procedimiento jurisdiccional propiamente dicho con la mera presentación de una querrela o denuncia, interpretando la cláusula anterior del art. 132.2 CP cuando exigía para la interrupción de la prescripción que «el procedimiento se dirija contra el culpable» (por todas, *vid.* STC 63/2005 de 14 de marzo, FFJJ 5 y ss.).

²⁴ Parece que la jurisprudencia del TJUE se mantiene el criterio del texto; *vid.* STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, asuntos acumulados C238/99 P, C244/99 P, C245/99 P, C247/99 P, C250/99 P a C252/99 P y C254/99 P, Rec., p. 18375, § 61.

²⁵ Obviamente, también en los casos de falta de tipicidad penal, en la medida en que no tienen por qué coincidir la penal y la disciplinaria (al respecto, *vid.* CANO CAMPO, T., «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *RAP* 2001, 156, p. 225; PICÓN ARRANZ, A., «El alcance del principio *non bis in idem*», p. 13).

fondo, por ejemplo, si la deficiente motivación lo es de las pruebas de cargo, entendemos que el régimen es el mismo que por ausencia de prueba). En cuanto a la prescripción, caben múltiples situaciones, pero debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de que se inicien actuaciones por parte de la Administración que suspendan la prescripción administrativa con anterioridad a la existencia de un acto procesal que interrumpa la prescripción del delito²⁶; es decir, es posible que la prescripción administrativa se interrumpa antes que la penal²⁷.

No creo que, en el primer grupo de casos (absolución por defecto procesal), ciertamente excepcional desde una perspectiva estadística, pueda hablarse de una vulneración del principio *non bis in idem* en la llamada vertiente procedimental, en la medida en que dicha vertiente está esencialmente orientada a impedir la doble punición y a evitar contradicciones en el seno del Estado. Ni lo uno ni lo otro, en los supuestos que cito se encontraría en juego. Ciertamente también cabe entender que la prohibición de *bis in idem* procesal va orientada a impedir situaciones de pendencia indefinida, incompatibles con la seguridad jurídica. Sin embargo, la determinación de cuándo se llega al punto en el que resulta excesivo un ulterior procedimiento punitivo, penal o administrativo, es algo que tan solo se puede determinar en contacto con la circunstancias del caso concreto²⁸. De todas las maneras, no creemos que un procedimiento disciplinario tras el penal en las circunstancias expuestas genere inseguridad jurídica²⁹.

²⁶ Un «acto de interposición judicial» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c) o de «dició procesal del procedimiento contra el culpable» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).

²⁷ Más allá, se requeriría un aquí impertinente análisis casuístico.

²⁸ Recuérdese que para el TEDH es exigible una conexión temporal entre los dos procedimientos; *vid.* § 134 de A and B v. Norway: «... the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time (see, as an example of such shortcoming, Kapetanos and Others, cited above, § 67), even where the relevant national system provides for an “integrated” scheme separating administrative and criminal components. The weaker the connection in time the greater the burden on the State to explain and justify any such delay as may be attributable to its conduct of the proceedings».

²⁹ Las razones son múltiples. Por una parte, ya que se trataría de una posibilidad prevista expresamente en la Ley. Por otra, en la medida en que estamos hablando de dos procedimientos formalmente muy diversos, seguidos ante órganos del Estado enmarcados en poderes diversos (Poder Judicial y Administración). En tercer lugar, toda vez que existe cierta trayectoria histórica y comparada de coexistencia de sanciones penales y administrativas. En cuarto lugar, ya que si, como hemos visto, no se aprecia lesión de derecho alguno, en los casos en los que un previo procedimiento administrativo es seguido por uno penal (la técnica del descuento de la sanción administrativa de la penal indica que no hubo tal previa lesión con la acumulación de procedimientos), no se entendería que sí que se estimara lesión cuando la situación es la inversa: esto es, en los casos en los que el procedimiento penal antecede al administrativo. Por fin, habría que añadir una quinta razón conexas con las circunstancias que motivaron la absolución, esto es, una deficiente técnica persecutoria, no por razones materiales, de fondo; el sujeto infractor no debería esperar que en tales

6. Segunda conclusión

Por razones preventivas, si el hecho de referencia es simultáneamente delito e infracción disciplinaria, sería necesario que el programa de cumplimiento público contemple la obligación de perseguir la infracción en los limitados casos expresados en los que haya habido un previo procedimiento penal³⁰:

A) Cuando el previo proceso penal acabe con condena y la Ley prevea expresamente consecuencias disciplinarias diferenciadas y compatibles con el previo procedimiento penal. *De lege lata*, ése podría ser el caso de la Ley de Transparencia.

B) Cuando el previo procedimiento penal acabe en absolución por sobreseimiento, provisional o libre, o sentencia absolutoria, en las hipótesis descritas: absolución por defecto procesal, por prescripción penal o falta de tipicidad penal.

En ambos casos, sin embargo, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de iniciar o proseguir un procedimiento disciplinario cuando, siendo las conductas constitutivas de delito e infracción administrativa objetivamente coincidentes, la absolución en vía jurisdiccional se hubiese producido por inexistencia objetiva del hecho (no hubo hecho punible alguno), por inexistencia subjetiva de tal hecho (existió, pero no fue llevado a cabo por el acusado), por falta o nulidad de pruebas, o por inexistencia del elemento subjetivo del tipo, siempre y cuando, en este último caso, delito e infracción disciplinaria coincidan (ambas sean dolosas o imprudentes). En tales hipótesis, la Administración está vinculada por el criterio judicial, a la que se extiende el efecto de cosa juzgada, ya que no es posible que para el Estado al mismo tiempo el hecho exista y no exista, esté probado y no esté probado.

De la manera expresada se refuerza el carácter preventivo del Derecho disciplinario, cerrando el paso a posibles impunidades, si bien con un carácter subsidiario al Derecho Penal.

casos el Estado desista, sin más, de su deber de perseguir el hecho antijurídico. Entiendo que en el mismo sentido del texto T. Cano Campos, «*Non bis in idem*, prevalencia...», p. 225.

³⁰ En abstracto, existiría un ulterior caso: los de sobreseimiento en los limitados casos en los que en España cabe el ejercicio del principio de oportunidad penal. Sin embargo, en el marco de este trabajo, no contemplamos la cuestión en detalle, en la medida en que ninguno de los casos que aquí nos pueden interesar de delitos susceptibles de ser al mismo tiempo infracción disciplinaria y delito, entrarían en tal categoría.

III. Hipótesis de conductas que no constituyen simultáneamente delito e infracción administrativa

1. Los informes dolosamente arbitrarios

Determinadas conductas significativas en el ámbito que nos ocupa, sin embargo, no constituyen delitos. Entre ellas, entendemos que resulta particularmente significativa la de emisión de informes dolosamente arbitrarios, en especial, en materia de contratación pública. Como es conocido, dicha conducta tan solo se pune en materia urbanística y ordenación del territorio (art. 320.1 CP), patrimonio histórico (322.1 CP) y medio ambiente (329.1 CP). Ciertamente en el resto de los casos cabe complicidad o cooperación en un delito de prevaricación administrativa. Sin embargo, ello no siempre será posible, toda vez que para ello, por el principio de accesoriadad, es precisa una conducta principal que no siempre estará presente. En otras ocasiones hemos reivindicado la necesidad de punición expresa de dichos supuestos³¹. En cualquier caso, en la actualidad, como hemos expresado, no estamos ante conductas siempre penalmente punibles que, sin embargo, sí constituyen habitualmente infracciones disciplinarias. Sin embargo, consideramos que se trata de normas centrales para el control de la corrupción, ya que no siempre se va a poder acreditar el pago al funcionario público para que lleve a cabo una determinada acción ilícita, porque el dinero negro se puede ocultar con relativa facilidad; sin embargo, los informes, dejan una huella casi imborrable. Por consiguiente, resulta vital que, en tanto no cambie la normativa penal, al menos, se garantice su represión disciplinaria.

2. Tercera conclusión

Resulta discutible si en el Derecho disciplinario español opera el principio de oportunidad (dejamos de lado en este momento los casos de infracción disciplinaria que simultáneamente son constitutivos de delito, donde, hemos defendido el deber de dar traslado al Ministerio Fiscal). Sin que sea posible ahora un examen exhaustivo, hemos venido defendiendo que si no hay norma que expresamente obligue a perseguir toda y cada una de las infracciones administrativas detectadas (en nuestro caso disciplinarias), si la Administración conoce su comisión y

³¹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada, 2000, Cap. 8.2.

no procede a sancionar, no ocurre, ni puede ocurrir, nada, lo que equivale a aceptar el principio de oportunidad³². En el caso del derecho disciplinario estatal español, es difícil entender que hay una norma que expresamente establezca el deber de perseguir toda infracción de esa naturaleza detectada. Tan solo el art. 93.1 EBEP establece: «Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto». Sin embargo, es claro que se trata de una norma excesivamente genérica. Igual juicio merece el art. 94.1 EBEP, pese a estar redactado en términos imperativos: «Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el art. anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos...». Por fin, el art. 94.2 EBEP dispone que «la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con el principio de legalidad...». Pese a ello, este último se refiere seguramente al principio de legalidad material, no procesal.

En definitiva, en caso de omisión de perseguir los ilícitos disciplinarios no constitutivos de delito, es muy difícil construir una prevaricación administrativa por omisión del art. 404 CP por la dificultad para construir la posición de garantía del omitente, lo que en la práctica supone la vigencia del principio de oportunidad.

En ese contexto, entendemos que resulta especialmente necesario que el programa de cumplimiento subraye dicho deber de perseguir los ilícitos disciplinarios. Ciertamente, el *compliance program* público no puede suplir a la ley. Sin embargo, no cabe duda de que tal previsión tiene un cierto efecto preventivo. Como mínimo, una previsión como la que propugnamos abre el camino a una potencial apreciación de infracción disciplinaria por no cumplir los deberes derivados del programa³³, en este caso, por no perseguir una infracción disciplinaria.

IV. Síntesis

A la vista de lo aquí expresado, desde la perspectiva del derecho disciplinario, un buen programa de cumplimiento público debería prever algunas cuestiones, en caso de detección de ilícitos.

³² En general, *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M./SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador, Parte general*, Cap. 30.

³³ Por ejemplo, por la vía del art. 95.2.g) EBEP: «El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas».

A) En primer lugar, si el hecho es delictivo, un buen *compliance* público debe establecer la necesidad de iniciación de un procedimiento sancionador, suspensión y traslado al Ministerio Fiscal. Si no se opera así, y no se inicia y suspende inmediatamente el procedimiento administrativo, el hecho puede *prescribir también administrativamente* en caso de que se frustre por cualquier razón el procedimiento penal.

B) En segundo lugar, un buen *compliance* público, debería prever en caso de absolución penal (por sentencia firme o sobreseimiento) o condena penal, la posibilidad de *reanudar* dicho procedimiento siempre y cuando sea posible hacerlo en términos legales y constitucionales y culminarlo con éxito.

C) En tercer lugar, si el hecho no es delito, se debe establecer la obligación de perseguir la infracción disciplinaria. La cuestión tiene importancia en la medida en que en Derecho disciplinario seguramente rija el *principio de oportunidad*.

D) En cuarto lugar, un buen *compliance program* público debería prever que los funcionarios encargados del procedimiento disciplinario tuviesen formación especializada en Derecho penal y disciplinario, a fin de aumentar las posibilidades de detección de ilícitos penales (singularmente en materia de delitos de funcionarios públicos), facilitar su deslinde de las infracciones disciplinarias y la remisión a la jurisdicción penal, así como aclarar los casos en los que, si procedió la absolución, se ha de reanudar el procedimiento disciplinario.

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL ECONÓMICO EUROPEO*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia

I. Evolución en el espacio europeo: del Tratado de Roma al Tratado de Lisboa

Ha existido, y sigue existiendo, discrepancia en la doctrina acerca de la existencia o no de un derecho penal europeo. Ciertamente parece no existir aún un cuerpo doctrinal autónomo y suficientemente dotado de principios generales idóneos para proclamar formalmente su existencia (no obstante existir ya literatura académica que sin pudor se enuncia «Derecho penal europeo o de la UE»). Sin embargo, si existe discrepancia respecto a la existencia de un derecho penal aunque europeo, con sus principios y reglas comunes, no debiera haberla respecto a la existencia de normativa europea de carácter penal, sustantivo o procesal, abundante y en continuo aumento. Actualmente podemos contar más de setenta importantes instrumentos legales (Directivas, Decisiones Marco, Decisiones del Consejo o Convenciones) en el área de del derecho penal¹.

Poder de sancionar han tenido siempre las Comunidades Europeas claro, especialmente en el ámbito del derecho de competencia, pero ello no quita que haya habido y haya fuertes resistencias de algunos, casi todos, los Estados Miembros a avanzar por la senda armonizadora del derecho penal o de los procedimientos de enjuiciamiento penal, incluso de la cooperación en asuntos de justicia criminal. No obstante,

* Me sumo a este merecido homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero, con una temática especialmente elegida, en reconocimiento a su formidable impulso al Derecho Penal europeo, realizada desde hace muchos años, en diferentes etapas y desde muy diversas contribuciones académicas. Y, además, con todo mi afecto personal.

¹ *European Union Instruments in the field of criminal law and related texts*. Council General Secretariat. December 2017.

de la necesidad se ha ido haciendo virtud y desde el Tratado de Maastricht, la cooperación en asuntos criminales y la cooperación judicial se ha venido demostrado como inevitable, conforme avanzaba el grado de integración de las economías y las políticas, haciéndose evidente lo necesario de ese avance.

Puede hablarse de una revolución silenciosa. Ésta consiste en la creciente influencia e importancia de la política y del derecho europeo sobre la regulación socio-económica (contenido) y también por la salvaguarda de ésta (procesal). Por ejemplo, en los casos de la Comisión contra Grecia 68/88 y contra Francia 265/95, el TJUE ya advirtió que el sistema de garantía debe ser eficiente, disuasorio y proporcional.

El contenido material es en gran parte consecuencia de las Directivas y Reglamentos europeos. Así, junto a la incidencia directa del derecho de la Unión Europea se ha hablado también de una incidencia indirecta o efecto negativo².

1. Tratado de la UE de Maastricht de 1992

Con él comenzó el proceso de armonización directa del derecho penal bajo el llamado «tercer pilar», preferentemente a través de Convenios. Con el Tratado de Ámsterdam de 1999 el proceso de armonización continuó mediante Decisiones Marco (DM). La modificación del Tratado en Niza (2001) no supuso cambio alguno en la materia que nos ocupa.

El espacio sin fronteras creado por el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE), en vigor desde el 1 de noviembre de 1992, supuso en avance enorme en el proceso de integración. Este Tratado, junto al Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), fue el más importante desde el de Roma y nos trajo importantes modificaciones institucionales, de procedimiento legislativo, nuevas áreas de competencia y la creación de la ciudadanía europea³.

Entre esas importantes reformas se acuerda la creación de lo que vino en llamarse el *tercer pilar*⁴ concerniente a las *Disposiciones relati-*

² DE LA MATA BARRANCO, N., «Derecho Penal europeo y Legislación española», Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 23 y ss.

³ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., «La prorección de los intereses financieros de la Unión Europea: una nueva vuelta de tuerca», en «El Derecho Penal ante la Globalización» (coord. L. Zúñiga; C. Méndez; M.ª R. Diego), Madrid (Colex), 2002.

⁴ Junto a un *primer pilar*, la propia Comunidad europea, y un segundo, la Política Exterior y de Seguridad Común, PESC.

vas a la cooperación policial y judicial en materia penal, Título VI del TUE. Esto supuso una pequeña revolución jurídica porque hasta entonces no había apenas disposiciones de carácter penal o procesal-penal en los Tratados. En este nuevo pilar del TUE se creaba una nueva competencia para la Unión, se establecía la posibilidad de armonizar derecho penal sustantivo y procesal de los Estados miembros, allí donde hubiera una incidencia transfronteriza, pero, eso sí, dejándose todo el poder decisorio en manos de los Estados miembros, esto es, fuera del sistema jurídico comunitario.

Puede decirse pues, que con el TUE se dota de base jurídica a las instituciones de la Unión, o mejor dicho a los Estados miembros, para avanzar en la armonización de «algún» derecho penal sustantivo y «algún» derecho procesal europeo, especialmente lo referido a la cooperación judicial penal y a la adopción progresiva de medidas que «establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas» (art. 31 TUE, versión consolidada después del Tratado de Ámsterdam). En su momento esto fue un avance notable, al suponer la primera incursión seria de la UE en un coto vedado del Estado-nación. Durante años la actividad legislativa a través de Decisiones y Decisiones Marco fue limitada pero relevante en los ámbitos mencionados por el artículo 31 TUE. Al TJCE se le conceden asimismo competencias para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la legalidad de las decisiones y Decisiones Marco (art. 35 TUE). No obstante, las competencias del TJCE permanecen muy limitadas en numerosos aspectos (art. 35 (2) y 35 (5) TUE).

En esta etapa no se creó un derecho penal europeo con delitos europeos, euro-delitos o un derecho penal económico europeo, pero muchas DM obligaron a los Estados a adaptar sus legislaciones penales nacionales.

Sin embargo, varias resoluciones del TJUE a partir de 2007 declararon como competencia funcional del legislador comunitario impulsar la armonización del derecho penal en ciertos campos de la política europea. Es así como fueron anuladas varias DM en materia de protección del medio ambiente y contaminación de buques en alta mar (casos Comisión-176/03 y Comisión-440/05), pasando a un nuevo instrumento normativo: aparecen las primeras Directivas con contenido penal, relativas a medio ambiente (Directiva 2008/99/EG, medio ambiente, de 19 noviembre; y Directiva 2009/123/EG, de 21 octubre, contaminación en alta mar).

Las nuevas competencias en materia penal fueron también utilizadas respecto a migraciones ilegales (Directiva 2009/52/EG, de 18 junio, contra empleador de sujetos con residencia ilegal de países terceros).

Pero todavía en el contexto del Tratado de Ámsterdam, el proceso de integración europea, el incremento de la criminalidad transnacional obligó ya entonces a un mayor grado de cooperación en el espacio europeo, especialmente horizontal entre todas las autoridades de garantía. Es así como, junto a la necesidad de protección del mercado interno, se genera también un espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia. Nace así, como prioridad, la idea de un espacio judicial común frente a la criminalidad transnacional. De aquí se derivó la cooperación administrativa mutua y los instrumentos de cooperación judicial tradicionales de asistencia fueron sustituidos por un programa muy ambicioso de reconocimiento mutuo: la Orden Europea de Detención y Entrega; Orden Europea de Obtención de Pruebas, etc. De suerte que medidas coercitivas nacionales deben ser inmediatamente ejecutables en cualquier jurisdicción europea (*jurisdicción compartida*).

Continuando todavía con la evolución dentro del Tratado de Ámsterdam, el derecho penal europeo tuvo otra notable influencia a través de la creación de organismos específicos europeos de salvaguardia. Así, todavía en la CEE, se crean por la Comisión la Dirección General de la Competencia y la Oficina Europea Contra el Fraude (OLAF). Aunque en puridad se trata de organismos administrativos, tienen mucho mayor poder que sus homólogos nacionales. La primera puede registrar empresas y domicilios, sin orden judicial salvo que exista oposición de la sociedad, que actúa en auxilio judicial. La OLAF tiene competencias en la investigación de fraudes y corrupción⁵, más limitadas, y generalmente actúa preparando e iniciando los procesos penales por las autoridades judiciales de cada Estado miembro⁶.

Y dentro del «tercer pilar», en esta etapa fueron creadas EUROPOL y EUROJUST. En aquel momento no tenían competencias operativas, pero han sido clave para el intercambio de información policial y judicial, para su análisis y para la coordinación de la cooperación europea. La situación ha cambiado en estos últimos años y el lanzamiento en junio de 2020 del Centro Europeo de Delitos Financieros y Económicos (EFECC) puede suponer un verdadero acontecimiento en la lucha contra la criminalidad económica. El Centro reforzará el apoyo operativo proporcionado a los

⁵ ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., «Fraude y corrupción en Derecho Penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude», Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

⁶ VERVAELE, J. A. E., «Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos», Lima (Jurista Editores EIRL), 2015.

Estados miembros de la UE y los organismos de la UE en los ámbitos de la delincuencia económica y financiera y promoverá el uso sistemático de las investigaciones financieras. El nuevo EFECC se ha creado dentro de la estructura organizativa actual de EUROPOL, que ya está desempeñando un papel importante en la respuesta europea a los delitos financieros y económicos y contará con 65 expertos y analistas internacionales⁷.

Durante todo este largo periodo, tradicionalmente la doctrina mayoritaria negó la existencia de un auténtico *derecho penal europeo*, esto es, en el sentido de un derecho penal supranacional⁸. En efecto, hasta el Tratado de Lisboa no existió un procedimiento por medio del cual las instituciones europeas ostentaran poder punitivo, entendido como capacidad normativa de imponer directamente a los ciudadanos, de crear infracciones y atribuirles una sanción penal. Esta competencia estaba reservada exclusivamente a los Estados y éstos nos habían transferido ninguna competencia en esta materia a los órganos de la Unión⁹.

Por ello, ante este obstáculo formal, vinculado a la resistencia de los Estados a la cesión de un contenido esencial de su soberanía, las técnicas empleadas en el camino hacia un *Derecho penal europeo* consistieron básicamente en tres: a) la «*asimilación*» de los intereses comunitarios por medio de remisiones al derecho penal estatal; b) la adaptación o «*armonización*» de las leyes penales estatales por medio de las Decisiones Marco u otros instrumentos de la UE; y, c) la «*remisión en blanco*» de las leyes penales estatales al derecho europeo¹⁰.

⁷ En la misma Comunicación que acompaña la creación de este nuevo organismo, se puede leer: «Los delitos económicos y financieros son una amenaza muy compleja y significativa que afecta a millones de ciudadanos de la UE y a miles de empresas en la UE cada año. Además: el blanqueo de capitales y las finanzas delictivas son los motores del crimen organizado, sin ellos los delincuentes no podrían hacer uso de los beneficios ilícitos que generan con las diversas actividades delictivas graves y organizadas que se llevan a cabo en la UE. Según informes anteriores de Europol, el 98,9% de los beneficios delictivos estimados no se confiscan y quedan a disposición de los delincuentes.

Además, la pandemia de COVID-19 en Europa ha proporcionado una amplia evidencia de que los delincuentes adaptan rápidamente sus esquemas criminales a las condiciones cambiantes para explotar los miedos y las vulnerabilidades. Los estímulos económicos como los propuestos a raíz de la pandemia de COVID-19 serán el objetivo de los delincuentes que buscan defraudar la financiación pública. Para disuadir y disuadir eficazmente a los delincuentes involucrados en delitos graves y organizados, las autoridades policiales deben seguir el rastro del dinero como parte regular de sus investigaciones penales con el objetivo de incautar las ganancias delictivas».

⁸ ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., «*Código de Derecho Penal europeo e internacional*», Madrid (Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica), 2008.

⁹ En la literatura española, por todos ver CUERDA RIEZU, A., «¿Ostentan ius puniendo las Comunidades Europeas?», en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del profesor K. Tiedemann*, Madrid 1995, p. 622.

¹⁰ Cfr. AMBOS, K., «*Internacional Strafrecht-Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht und Europäisches Strafrecht*», München (CH Beck) 2006.

Sin embargo, la reciente evolución política y social europea está permitiendo relativizar este punto de vista y caminar hacia una mayor integración de los modelos penales, a través del Tratado de Lisboa. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹¹, impulsó el cambio para superar las particularidades jurídicas, en especial en ámbitos sensibles de la criminalidad, y el desarrollo dado a los Tratados, permitió al menos comprobar un decidido incremento de las competencias penales a través de la técnica de la «armonización»¹².

En este periodo la influencia de las decisiones político criminales europeas en los distintos ordenamientos estatales no sólo es innegable ya en la actualidad, sino que su incidencia es notoriamente ascendente. En este sentido se ha diferenciado entre *efectos directos* y *efectos indirectos*. En los primeros debe incluirse básicamente la protección de intereses comunitarios, y entre los segundos los dos principios fundamentales en los que, a juicio de la jurisprudencia, descansa el ordenamiento comunitario: el efecto directo de la legislación europea y la primacía de ésta sobre los derechos estatales. Otros autores prefieren acudir a las expresiones *efectos positivos* y *efectos negativos*, que de alguna manera resultan equivalentes a los conceptos de *integración positiva* y *negativa*. Así, el *efecto positivo* consistirá en toda medida legislativa activa de un Estado tendente a asegurar el cumplimiento de obligaciones procedentes de la UE. Por el contrario, *los efectos negativos* del derecho europeo sobre el derecho penal estatal incluyen tanto las decisiones de suprimir normas internas incompatibles con aquél, como la abstención de promulgar las que pudieran oponerse¹³.

De lo anterior parece claro poder extraer una primera conclusión: la existencia de una política criminal europea de la cual nacen obligaciones positivas y negativas para los ordenamientos penales de los Estados miembros. Pero a partir de aquí también es posible continuar indagando acerca del naciente poder punitivo europeo¹⁴.

Así, en el marco de la «armonización penal europea» fluye una *vis* atractiva especial de proyectos como el *Corpus Juris, de Eurodelitos*, de la

¹¹ Por ejemplo, las SSTJE de 13 septiembre 2005 y de 16 junio 2006 abre un escenario diferente en torno a la competencia europea en derecho penal y al efecto de las Decisiones Marco en los derechos estatales.

¹² Ampliamente BAUCCELLS LLADÓS, J., «Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental», Barcelona (Atelier) 2007, pp. 19 a 28.

¹³ Extensamente y con abundante bibliografía BAUCCELLS LLADÓS, J., «Nuevas perspectivas...», cit, pp. 28 y ss.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Sobre una política criminal común europea», en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (director F. Álvarez García), Valencia (Tirant) 2009, pp. 37 a 46.

Orden Europea de Detención, del *Libro verde* de la Comisión Europea de 2001. También conviene considerar la posibilidad de interponer ante el TJCE un recurso para interpretar la normativa comunitaria, con la finalidad ulterior de cuestionar carencias o infracciones de las leyes penales nacionales al desconsiderar ciertas exigencias europeas de tutela. Pues bien, simplemente estas primeras afirmaciones nos permiten comprobar que el ordenamiento penal ya no es únicamente estatal sino también europeo. De modo que estos cambios son, por así decirlo, de naturaleza estructural, por cuanto afectan al mismo sistema de fuentes del derecho penal¹⁵. Por esta razón incluso se ha destacado el nacimiento de una «*red normativa*» singularmente compleja, en la que converge tanto la legislación como la jurisprudencia nacional y la comunitaria, e incluso la internacional, que ha reemplazado ya a la tradicional «pirámide» de escalones del sistema jurídico. En palabras de DONINI, asistimos a un «entrelazado reticular de fuentes de producción normativa (que va más allá de las disposiciones abstractas de la ley) y a un pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes y de sus respectivos universos culturales»¹⁶.

2. *Tratado de Lisboa, 13 diciembre 2007 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE)*

Abolió la estructura de pilares. A partir de su entrada en vigor existe solo un Derecho de la Unión Europea, y se aplica conforme a sus propias reglas procesales. El Tratado de Lisboa supone un avance sustancial en lo que hace al proceso de integración de las políticas europeas, los procedimientos legislativos (la codecisión Parlamento-Consejo se amplía a prácticamente todos los ámbitos competenciales salvo la unión monetaria) y la jurisdicción del TJUE.

De aquí la UE recibe la competencia de una armonización de gran alcance del derecho penal material y procesal. Respecto de la armonización del derecho penal sustantivo, el Tratado prevé la armonización penal destinada a proteger los intereses plasmados en las políticas comunitarias.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Sobre una política criminal común europea», en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (director F. Álvarez García), Valencia (Tirant) 2009, pp. 37 a 46.

¹⁶ DONINI, M., «Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI», en *La política criminal en Europa* (coords. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo), Barcelona (Atelier) 2004, pp. 43 a 46.

Los avances en el área que nos ocupa han sido impresionantes en los últimos años, debido fundamentalmente a la teoría del *spill over*, esto es del *derrame*, que tanto asusta a los contrarios al proceso de integración europea. El avance en políticas de ciudadanía, de inmigración o asilo, la libre circulación de capitales y personas, la interacción creciente, comercial y personal, el aumento o constatación de la criminalidad trasfronteriza o nuevos fenómenos como el *cibercrimen* han hecho inevitable el aumento de la producción legislativa y jurisprudencial en el ámbito de Justicia e Interior. La abolición de controles en las fronteras o la liberalización del movimiento de capitales no solo favorece la libre circulación de los buenos ciudadanos. Asimismo, normas de carácter procesal como la *Euroorden* ha dado lugar a muchas otras normativas de carácter sustantivo o formal, que, como luego veremos, se han demostrado esenciales para la plena efectividad de la cooperación criminal y policial.

Desde la entrada en vigor de las enmiendas al TFUE introducidas por el Tratado de Lisboa el procedimiento para las áreas de Justicia e Interior deja de estar en las manos de los Estados miembros y pasa a las instituciones europeas, aplicándose el procedimiento legislativo ordinario (*codecisión*) a prácticamente todas las competencias en la materia. La vieja estructura de pilares desaparece; en lugar de Decisiones Marco y Convenios, la UE adopta normas de carácter penal, Directivas por el procedimiento legislativo ordinario.

El Tratado de Lisboa da carta de naturaleza a lo que se viene a llamar el *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (Título V) y dentro de él, los artículos 67 (3) y su Capítulo 4 sobre la *Cooperación Judicial en materia penal* (arts. 82 a 86), establecen las bases jurídicas para el reconocimiento mutuo de las resoluciones penales y la aproximación de las legislaciones en materia penal. Y ello en la medida que sea necesario para facilitar el reconocimiento de esas resoluciones judiciales y la cooperación judicial y policial en los asuntos penales con *dimensión transfronteriza* (artículo 82 (1)). Este artículo 82 ha servido de base jurídica para una amplia normativa de carácter procesal que, acompañada de amplia jurisprudencia del TJUE (y de los Tribunales Constitucionales nacionales) hace inevitable para el juez, fiscal o abogado en ejercicio estar al día de su evolución.

El papel del Tribunal de Justicia se ha reforzado considerablemente después de la reforma de Lisboa: la regla general es que los procedimientos de reenvío prejudicial y los procedimientos de infracción siguen exactamente las mismas reglas que en las áreas de tradicional

competencia comunitaria. La jurisprudencia del TJUE desde que el Tratado de Lisboa entró en vigor en 2011 es ya abundantísima, y no son pocos los juristas decididamente europeístas que ahora empiezan a lamentar, en voz baja eso sí, esas nuevas competencias de la jurisdicción comunitaria.

Consecuencia de lo anterior es que, en el ámbito procesal al menos, es inevitable ya hablar de un *Derecho procesal penal europeo* y una codificación y sistematización del mismo no solo es conveniente sino imprescindible. El sistema de fuentes del derecho penal nacional queda definitivamente trastocado y el Derecho penal nacional y el de la Unión Europea se superponen y entrecruzan constantemente. No es solo la abundante producción legislativa sino la casuística y las interpretaciones del TJUE que necesariamente se inclina por una interpretación «autónoma» del Derecho penal de la UE.

Estas son las normas más relevantes en el ámbito procesal y de cooperación en asuntos penales¹⁷: DM 2009/948 JHA sobre la prevención y arreglo de conflictos de jurisdicción en procedimiento penales; El Reglamento del Consejo 2017/1939 sobre la implementación de la cooperación reforzada en la creación de la Oficina del Fiscal Europeo; las Decisiones del Consejo relativas a los equipos conjuntos de investigación de 13 de junio de 2002 y 19 de enero de 2017.

También todas las decisiones relativas al intercambio de información relativa a los antecedentes penales, en particular la *decisión del Consejo 2005/876 JHA sobre intercambio de información sobre antecedentes penales*,

Igualmente todos los instrumentos relativos al reconocimiento mutuo (once se cuentan hasta la fecha), especialmente la *Orden Europea de Detención y Entrega (DM 2002/584/JAI)*; la *de ejecución de órdenes y de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DM del Consejo 2003/577/JHA)*; la *de mutuo reconocimiento de sanciones pecuniarias (DM 2005/214/JHA)*; la *DM sobre reconocimiento mutuo de órdenes de confiscación*, la *DM 2008/675/JHA sobre consideración de los antecedentes penales en nuevos procedimientos penales*, etc.

Además de la numerosa normativa en materia de reconocimiento mutuo hay que tener en cuenta las *relativas a la cooperación judicial, de asistencia en asuntos penales, conflictos de jurisdicción, las relativas a la creación de EUROJUST y el European Judicial Network o la creación de la European Prosecutor's Office*. De suerte que se estipula una base jurídica

¹⁷ Las traducciones de las Directivas no es siempre la oficial.

para que EUROPOL y EUROJUST puedan comenzar una investigación policial y judicial criminal. Y se prevé la creación de un Fiscal Europeo destinado a perseguir fraudes a la UE, tanto de ingresos (IVA, aduanas) como del gasto (subsidios), corrupción y blanqueo.

En el ámbito del Derecho procesal penal *strictu sensu*, la producción desde las reformas del Tratado de Lisboa ha sido impresionante, lo mismo que la jurisprudencia que se ha generado.

Se ha legislado sobre:

– *la protección a las víctimas (fundamentalmente Directiva 2012/29/EU)*. Aquí habría que añadir la muy importante comunicación aprobado el 24 de junio de 2020, COM (2020) 258 final, Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025)¹⁸

– *sobre la interpretación y traducción en el proceso penal (Directiva 2010/64)*

– *sobre el derecho a la información en el proceso penal (Directiva 2012/13/EU)*,

– *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (Directiva 2013/48/EU)*,

– *sobre la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (Directiva 2016/343/EU)*,

– *sobre las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (Directiva 2016/800 de 11 de mayo)*,

– *sobre la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (Directiva 2016/1919/EU)*.

Todas estas directivas responden a una integración cada vez más estrecha y a la naturaleza transnacional y transeuropea de la delincuencia. La creación por ejemplo de la Orden Europea de Detención y Entrega, ya en 2002, revolucionó el sistema tradicional de extradición adoptando reglas revolucionarias: estrictos parámetros para el rechazo de la *euro-orden*, exclusión del ámbito político de la decisión sobre la *euro-orden* (que pasa a los jueces), los nacionales del país receptor de la

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 24 de junio de 2020.

euro-orden no están excluidos, la abolición del requisito de doble incriminación en 32 delitos (art. 2), límites claros a los tiempos de extradición, etc.¹⁹.

Toda esta actividad legislativa en el ámbito procesal penal viene a sumarse al impresionante catálogo de principios generales que el TJEU ha venido creando en las últimas décadas, principios que ha ido fundamentando en las sentencias y resoluciones o del TEDH o de Convenios internacionales, principios como el derecho a un juicio justo, derecho a ser informado de la acusación, derecho al acceso irrestricto al expediente judicial, presunción de inocencia, *non bis in idem*, derecho a no declarar contra uno mismo, derecho a la inviolabilidad de la residencia, etc.

En lo que hace al Derecho penal sustantivo, el artículo 83 TFUE permite igualmente, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecer normas mínimas relativas a la tipificación de delitos y penas en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una *dimensión transfronteriza*. En el segundo párrafo se enumeran estos ámbitos: *terrorismo, trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, la delincuencia informática; la delincuencia organizada*.

En fin, que las competencias son relativamente amplias y más que han ido expandiéndose debido al mencionado efecto «derrame» que hace que regular algunas materias exija ineludiblemente seguir con otras en las que al principio no se había imaginado.

En el ámbito preciso de la delincuencia económica la legislación adoptada ha sido importante y amplia, quizás las más abundante tras la relativa al terrorismo. Incluiremos aquí *grosso modo* la última parte del citado artículo 83 TFUE: *blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, la delincuencia informática la delincuencia organizada*. A estos habría que añadir las infracciones que perjudiquen los *intereses financieros de la Unión* (art. 86 TFUE).

¹⁹ La OEDE se presenta como una historia de éxito, y sin duda lo es. Pero cabe recordar que data de 2012, antes de la ampliación al Este y necesita una urgente revisión. El número de EAW no ha cesado de crecer en los últimos años: 17.471 en 2018, de las cuales unas 7.000 finalizaron con la entrega en la frontera. Sin embargo, numerosos problemas vienen acumulándose en los últimos años, especialmente los relacionadas con el rechazo a ejecutarla por razones relacionadas con las condiciones de detención, resoluciones *in absentia* o derechos fundamentales. A este respecto puede verse el COM (2020) 270 final: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Con este Tratado el TJUE obtuvo plena competencia también en materia penal, aunque con un periodo de transición (Protocolo 36). Prevé una Carta de Derechos Fundamentales (obligatoria) y la posibilidad de adherirse como tal al CEDH. Pero el TJUE ha desempeñado un papel crucial en la integración, en particular mediante el reconocimiento y desarrollo de los principios generales del Derecho comunitario. Desde el Tratado de Ámsterdam posee competencias para pronunciarse sobre validez e interpretación de las DM²⁰.

El Tratado de Lisboa representa una mayor europeización del Derecho Penal Económico. Podría decirse que esta nueva etapa se caracteriza por una suerte de *soberanía compartida* entre los Estados miembros y las instituciones de la UE, y una cierta *verticalización* en su aplicación²¹.

II. Tendencia en los próximos años

El futuro: previsiblemente la armonización llegará hasta la creación de euro-delitos relacionados con el mercado interior. Por ejemplo, relativos a la unión monetaria, unión aduanera y referentes al espacio común de libertad, seguridad y justicia.

La vía ya conocida en la que los delitos socio-económicos están vinculados a fenómenos como el terrorismo y la criminalidad transnacional (blanqueo, financiación terrorismo) unida al denominado «efecto derrame».

Al respecto hay que insistir en que el principio de lealtad a la UE del art. 4 (3) del Tratado de la Unión de Lisboa, obliga a todos los órganos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) a lograr los objetivos del Tratado, de cumplir la legislación secundaria y las obligaciones secundarias.

El naciente Derecho penal europeo se caracteriza entre otras cosas por su fragmentación y por la dispersión de sus fuentes. La dispersión es evidente en el Derecho sustantivo penal donde, aunque no se excluye ningún área. En este sentido es crucial ver el art. 83 (1) *in fine*, donde se otorga al Consejo la posibilidad de ampliar por unanimidad la lista de delitos. Tampoco se establece ninguna sistematización en la adopción de la normativa. Esta fragmentación es manifiesta en lo que ya empieza a llamarse «parte general» del Derecho penal europeo. Como sucede en el

²⁰ VERVAELE, J. A. E., *Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*, Lima (Jurista Editores EIRL), 2015.

²¹ VERVAELE, J. A. E., *Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*, Lima (Jurista Editores EIRL), 2015.

Derecho anglosajón, la naciente «parte general» no está en modo alguno codificada, sino que se va desarrollando en la práctica diaria legislativa y jurisprudencial. Probablemente corresponderá al TJUE ir estableciendo los principios informadores de esa parte general.

Los contornos de la «parte especial» del derecho penal europeo son mucho más claros, los llamados «euro-crímenes». Hay una serie de instrumentos que criminalizan, o al menos prohíben, ciertas conductas.

Los más antiguos quizás son los *delitos contra la libre competencia o el libre mercado*. Se refieren a las conductas prohibidas en los artículos 101 y 102 TFEU, distorsión de la competencia, abuso de posición dominante, etc. El *delito de iniciados* fue igualmente pionero mediante la implementación de los artículos 2 y 3 de la Directiva 89/592²².

La corrupción pasiva y activa en el sector privado se ha criminalizado en la DM 2003/568 *sobre corrupción en el sector privado*. Por su parte, los *delitos contra la integridad del sector financiero* han estado también entre los primeros, ya la Directiva 91/308 sobre lavado de dinero que fue reemplazada por la *Directiva 2005/60 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*. En esta área son importantes igualmente la *Directiva 2001/500 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, la DM 2005/212/JHA *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito* y la *Directiva 2014/42/EU sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*.

Los llamados *ciberdelitos* han sido objeto del legislador comunitario: hay que mencionar aquí, la DM 2001/413/JHA *sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo* y la *Directiva relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la DM 2005/222/JAI del Consejo*.

A lo anterior, habría que añadir en el ámbito económico los instrumentos relativos a la protección del euro, como la *Directiva relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo* y aquellos relativos a la protección de los intereses financieros de la Unión, especialmente la *relativa a la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (Directiva 2017/1271/EU)*.

En esta nueva y creciente arquitectura jurídica europea se ciernen varios interrogantes. Entre ellos citaré dos: a) Si el TJUE anula un pre-

²² Existe abundante jurisprudencia al respecto.

cepto legal de un Estado miembro, ¿qué ocurre con la vigencia del mismo?; b) Hasta la fecha los Tribunales Constitucionales no han acudido al TJUE planteando cuestión prejudicial en supuestos donde se interpretaban directamente normas europeas. Esta pasividad puede conducir a resoluciones en contradicción.

III. Condiciones mínimas para un derecho penal económico europeo

La primera condición es una mejora legislativa que delimite y articule con mayor precisión las competencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. No cabe duda que coexistirán ambos instrumentos normativos, sistema dual, y quizás la tendencia apunta en la actualidad hacia la supremacía del derecho penal económico.

De ahí que, aunque en puridad todavía no puede hablarse de un derecho penal europeo en sentido estricto, lo que es innegable es la formación de «un derecho «común» europeo extrapenal, es decir, la antijuricidad europea de derecho civil, tributario, mercantil, del trabajo, de la competencia, etc.»²³. Y esta idea resulta de todo punto incuestionable, pues todos sabemos que se ha desarrollado un núcleo de derecho civil, mercantil, tributario, y laboral europeo. De forma que, si el derecho penal sigue siendo la última *ratio* del ordenamiento jurídico, manteniendo su carácter subsidiario y fragmentario, y aquél ya ha dejado de ser nacional para convertirse en europeo, entonces tampoco el derecho penal puede seguir siendo visto como exclusivamente estatal. Con otras palabras: si el derecho Penal presupone la antijuricidad de los comportamientos típicados y ésta ya es una antijuricidad específicamente europea, también el Derecho penal es en última instancia europeo²⁴.

Esta perspectiva supone admitir que el presupuesto de la infracción penal ya se encuentra conformado con remisiones a la legislación europea, esto es, que el tipo penal está integrado en grandes áreas por normativa comunitaria. Por esta razón se ha dicho que «la misma legalidad penal se haya visto erosionada por las fuentes comunitarias», y muy significativamente, más allá de interpretaciones de concretas figuras delictivas, en el ámbito de los elementos normativos y de la imprudencia,

²³ DONINI, M., *Escenarios del Derecho penal...*, cit., p. 46.

²⁴ En este sentido DONINI, M., *Escenarios del Derecho penal...*, cit., p. 46.

de las posiciones de garante en la comisión por omisión, o en la delimitación del riesgo permitido²⁵.

Sentado lo anterior, al afirmarse esta entrada e integración del derecho europeo en los tipos penales a través de las remisiones a normativa civil, mercantil, laboral y tributaria, reabre otra cuestión de gran interés: la relativa a la *administrativización* del derecho penal²⁶.

La segunda condición reside en la garantía procesal del reconocimiento judicial mutuos, anclado en el principio de confianza y reciprocidad.

En materia de la Orden Europea de Detención y Entrega ya han aparecido controversias entre el Estado de emisión y el requerido. La STJUE de 5 abril 2016 (*Aranyosi y Caldáranu*; Alemania requerida por órdenes de tribunales de Hungría y Rumanía respectivamente), valora si los tribunales de ejecución pueden oponerse a la entrega considerando que las condiciones de reclusión del detenido sean contrarias al art. 3 CEDH y a los principios generales del Derecho consagrados en el art. 6 del Tratado UE. Admite «circunstancias excepcionales» que permiten examinar la existencia de deficiencias en los centros de detención, permitiendo acudir a lo resuelto por tribunales internacionales. El fallo apela a lo dispuesto en el Considerando 12 de la DM 2002/584: impide la entrega si existen razones objetivas para suponer que dicha orden ha sido dictada con fines de persecución por motivos de discriminación²⁷.

Pero para que esta condición sea efectiva y supere los obstáculos actuales, es imprescindible avanzar hacia una armonización real tanto de las reglas procesales en sentido estricto, como del derecho penal sustantivo, a través de criterios propios y comunes de la «parte general» como de los concretos tipos penales.

²⁵ DONINI, M.: *Escenarios del Derecho penal...*, cit., p. 47.

²⁶ QUINTERO OLIVARES, G. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Sobre una política criminal común europea», en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (director F. Álvarez García), Valencia (Tirant) 2009, pp. 37 a 46.

²⁷ VIADA BAARDAJÍ, S., «Cuestiones de la Orden Europea de Detención y Entrega», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2018, núm. 79, pp. 28-31.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

CARLOS JULIO LASCANO*

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

I. Introducción

Agradezco a los discípulos del Profesor Luis Alberto Arroyo Zapatero la generosa invitación a participar en el Libro Homenaje dedicado a celebrar el próximo 17 de julio su septuagésimo cumpleaños. Entre los motivos para mi inmediata aceptación ha sido importante la amistad que nos une con Luis y las varias vivencias compartidas, una de ellas su visita de hace algunos años a Córdoba durante la cual me recomendó la lectura de una novela de Benjamín Prado¹ que no pude dejar de asociar con los secuestros y apropiaciones de niños hijos de mujeres hechas cautivas y «desaparecidas» por el aparato de poder instaurado por la dictadura cívico-militar, hechos atroces que se estaban y se siguen investigando en Argentina. Pero lo que más ha gravitado en mi decisión ha sido contribuir humildemente al merecido tributo a uno de los más destacados juspenalistas de habla hispana de la actualidad, cuya trayectoria ha trascendido las fronteras de su patria no solo como académico e investigador de primera línea, sino también como Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Presidente de la SIDS. Sus más relevantes aportaciones han sido tanto el *programa penal de la Constitución* para la realización de las garantías del Estado de Derecho en materia punitiva, a partir de su trabajo sobre el principio de legalidad de 1983, cuanto su proficua labor en la SIDS en favor de un Derecho

* Profesor Titular de Derecho Penal, Parte General, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ PRADO B., *Mala gente que camina*, Alfaguara, Madrid, 2006. Allí se denuncia la impunidad del franquismo por la práctica siniestra del robo de niños a las presas republicanas que luego fue exportada a otros países, entre ellos al nuestro.

Penal humanitario que logre la abolición de la pena de muerte, todo ello bajo el principio «Constitución y Derecho Penal», inspirado por su Maestro el Profesor Don Marino Barbero Santos.

Hace casi treinta años Jesús-María Silva Sánchez² expresó que se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho Penal está en «crisis». Poco tiempo después³, sostuvo que ésta derivaba de la tensión expansiva a que se halla sometido para que se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma.

Mi apreciado discípulo Juan Pablo Montiel⁴ opina que en la discusión sobre tal crisis han predominado posiciones más bien pesimistas como la del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt⁵, según la cual la ciencia del Derecho Penal se encontraría en la posmodernidad en un estado de decadencia indeseable y el principio de legalidad fue uno de más afectados por esta visión negativa: «El modo en que los poderes públicos afrontaron la delincuencia empresarial y medioambiental, al igual que los procesos de internacionalización y europeización del Derecho penal, evidenciaron un claro relajamiento de los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Desde la antigua perspectiva, estas derivaciones del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* se habrían flexibilizado hasta extremos intolerables» Agrega que, sin embargo, no siempre son puestos de relieve los desafíos que tiene ante sí el principio de legalidad frente a las manifestaciones del nuevo Derecho Penal, pues así como la criminalidad empresarial ha oxigenado las doctrinas clásicas de la imputación, la omisión y la participación, también la legalidad podría verse favorecida por los problemas que asoman. Tras plantear que subyace una dicotomía entre la *decadencia* del principio de legalidad y su *evolución* ante el nuevo estado de cosas, concluye que no debe renunciarse a dicho principio, el cual resulta potenciado frente a tales retos.

Animado de esta visión optimista (aunque no ingenua), partiré del *mandato de certeza, determinación o taxatividad* derivado del principio de

² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1992, pp. 13 y ss.; segunda edición, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010, pp. 3 y ss.

³ Prólogo a *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Editorial Comares, Granada, 2009, p. XI.

⁴ Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, prólogo, pp. 21-23.

⁵ Editor de *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit.

legalidad, una de cuyas principales consecuencias es que el legislador debe redactar los tipos penales de modo claro y preciso, de tal manera que el contenido de ellos sea comprendido sin dificultad por sus destinatarios. Dicho corolario referido a la competencia del Poder Legislativo como autoridad legitimada para la creación de la ley penal (Código Penal y leyes complementarias) –de la cual no podré ocuparme ahora– junto con aquellos que ordenan que la ley penal debe ser escrita, previa y estricta, constituye también un límite para la actividad de los jueces⁶, quienes en la labor de interpretación de la ley penal para su aplicación al caso concreto en no pocas ocasiones deben acudir a conceptos doctrinarios que les proporciona la dogmática jurídico-penal para lograr una mayor corrección.

Este aspecto puntual será el objeto de mis reflexiones, enfocadas en la categoría de la imputación objetiva –hoy prevaleciente en la teoría del delito– en cuanto ella implica la remisión a estándares sociales de conducta correcta que se encuentran fuera de la ley penal, para evaluar la posible tensión de esa construcción de la norma jurídico-penal con el principio de legalidad, aunque no podré profundizar en esta ocasión acerca de los paradigmas para la definición de aquellos estándares⁷.

II. El mandato de certeza, determinación o taxatividad derivado del principio de legalidad

Coincido con quienes sostienen que el Derecho Penal debe ser considerado como *Derecho penal constitucional* pues es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que se recogen en el texto constitucional. Por ello resulta necesario examinar la ley fundamental para extraer de su tenor literal, de los principios que consagra y de su espíritu, lo que podría denominarse *programa penal de la Constitución*, el cual consiste en el conjunto de postulados político-criminales genéricos –no en soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo– que constituye el marco normativo dentro del cual el legislador debe tomar sus

⁶ SARRABAYROUSE, E. C., «La crisis de la legalidad. La teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración», en Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, p. 31.

⁷ Respecto de los cuales resulta muy valiosa la investigación de PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2019, pp. 87-116.

decisiones y el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar⁸.

El principio de legalidad –uno de los más relevantes del Derecho Penal constitucional– que se expresa en su aspecto formal con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, procedente pese a su formulación latina de Feuerbach⁹, configura la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho Penal¹⁰.

En 1978 Bernd Schunemann publicó un opúsculo titulado *Nulla poena sine lege?*¹¹ que evidencia el loable intento de profundizar el modelo clásico de análisis sobre los fundamentos y las exigencias del principio de legalidad, a partir de argumentos más sofisticados que abrieron por aquel entonces nuevos frentes de debate¹².

Como contenido de este principio se entienden diversos postulados: la reserva absoluta de ley –monopolio del Parlamento– para definir las conductas constitutivas de delito y conminar la aplicación de penas, con exclusión de otras disposiciones de inferior rango y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo¹³.

El principio de legalidad tiene un triple fundamento: a) el democrático-representativo según el cual la definición de lo que es delito y de las penas que le corresponden es una facultad que pertenece de manera exclusiva a la ley (no al Poder Ejecutivo ni a los jueces), por ser el Parlamento la expresión de la voluntad general y la separación de poderes consustancial al Estado de Derecho¹⁴; b) el fundamento políti-

⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 44 y 45.

⁹ VON FEUERBACH, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1847, § 23.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 252.

¹¹ SCHÜNEMANN, B., «Nulla poena sine lege?» *Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, de Gruyter, Berlín, 1978.

¹² MONTIEL J. P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2020, p.14.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., p. 48.

¹⁴ Este fundamento coincide con lo que SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 252 y 253, denomina «dimensión política» del principio de legalidad que alude a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos y tiene por objeto fundamental el problema de la *legitimación democrática* de las disposiciones definitivas de los delitos y de las penas y de las decisiones que aplican tales normas. En ese sentido se pronuncian SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, cit., pp. 9 y ss;

co-criminal que deriva del sentido material de las normas: solo puede pretenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta o realicen alguna si previamente y con claridad suficiente les es conocido el mandato o la prohibición, lo que constituye su derecho «político»: la seguridad jurídica¹⁵; c) la expresión política de la garantía del individuo y de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de éstos por el Estado; por ello, no puede ser invocado para excluir intervenciones legales que favorezcan al ciudadano, como la analogía *in bonam partem* y la aplicación retroactiva de la ley más benigna¹⁶.

Respecto del fundamento democrático-representativo o dimensión política del principio de legalidad compartimos la posición que entiende que la función delimitadora de dicho principio se aprecia a la hora de saber que el Parlamento es la autoridad habilitada constitucionalmente para criminalizar conductas, establecer causas de exclusión de la responsabilidad penal, asignar penas y fijar mecanismos para la individualización y ejecución de la pena pero «la cuestión más delicada es explicar de qué manera podrían en casos excepcionales participar de la tarea creadora órganos distintos de los primigeniamente habilitados; algo que la praxis y la ciencia aceptan, pero cuya fundamentación no alcanza a estar del todo clara. Ahora bien, en la determinación de esta competencia no resulta decisivo para el principio de legalidad determinar únicamente criterios de legitimidad creadora (...), sino también criterios referidos a la formulación del enunciado legal. En esta última dirección apunta justamente nuestro principio al demandar una ley y una pena determinada y clara en virtud del mandato de determinación o taxatividad»¹⁷.

El mandato de certeza derivado del principio de legalidad brinda pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y, además, para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido usando la analogía ante un descuido del legislador que lo creó.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, traducción y notas Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I, § 5, nm. 20 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, L. 4, nm. 7.

¹⁵ Es lo que SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. y lug. cit., llama «dimensión técnica» del principio de legalidad, que proporciona la esencial garantía de la *seguridad jurídica*: que los ciudadanos sepan qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., pp. 48 y 49.

¹⁷ MONTIEL J. P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, p. 27.

Por ello considero necesario distinguir las implicancias del principio de legalidad en la *interpretación* y en la *integración del Derecho Penal* como dos actividades jurisdiccionales diferentes, como lo hizo Luis Arroyo Zapatero¹⁸. De tal modo se debería ofrecer criterios que delimiten el ejercicio de la actividad interpretativa porque puede haber interpretaciones judiciales que no signifiquen analogía y sin embargo ser contrarias al principio de legalidad.

Una vez que son identificadas por el juzgador las fuentes que conforman la base del sistema normativo aplicable al caso concreto sometido a su decisión, deberá necesariamente interpretarlas para saber qué casos y cómo son resueltos por ese conjunto de normas. La *interpretación del Derecho* consiste en un procedimiento mediante el cual el intérprete precisa el significado de los términos empleados en el enunciado legal, en base a ciertas restricciones derivadas del mandato de determinación. El principio de legalidad podría resultar infringido no solamente cuando el juez hace uso de la analogía, sino también cuando avala una interpretación que no encuentra apoyo en las reglas del habla de una determinada comunidad. Puede suceder que al concluir la etapa interpretativa el juez se encuentre con que el legislador ha hecho una incorrecta selección de casos para asignar una determinada consecuencia jurídica. Frente a este tipo de problemas el principio de legalidad aspira a aportar criterios, no solo para establecer si efectivamente hay una falla en la legislación que amerite una corrección judicial, sino también para escoger el método al que puede acudir el juez. Esta etapa se conoce en la teoría clásica del método jurídico como *integración del Derecho*, puesto que de lo que se trata es que el juez – usando la analogía no perjudicial al imputado– modifique la legislación para enmendar un descuido del legislador¹⁹.

No obstante, como lo señalan mi Maestro Jorge de la Rúa y Aída Tarditti²⁰ subsisten polémicas con respecto a la recurrencia de los usos y costumbres y de la analogía para ampliar las causales de no punibilidad en sentido amplio.

La regulación de la ley penal debe ser precisa de modo tal que en la mayor medida posible no deje librada al juez fijar su alcance como norma general de conducta, más allá de la subsunción. Las modernas tendencias analíticas (en especial en base al lenguaje) buscan relativizar

¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 20 y ss.

¹⁹ MONTIEL, J. P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, pp. 30-32.

²⁰ DE LA RÚA, J.-TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 88.

este aspecto, argumentando que la ley no puede prever todos los aspectos del conflicto que debe resolver el juzgador, el que, en consecuencia, aplica sus propias valoraciones para resolverlo. Los tipos penales abiertos –particularmente los culposos o imprudentes– ponen en evidencia la amplitud de las potestades de los jueces²¹.

Sin embargo, como lo destaca José Urquizo Olaechea, «el principio de *lex certa* cede a favor de reconocer que es sumamente difícil la tarea de crear normas penales cerradas con un lenguaje puramente descriptivo. El problema es complejo, pues tiene tintes políticos, técnicos, lingüísticos y otras limitaciones al momento de definir lo que se quiere proteger. Esto no significa que el mandato de determinación se entienda como una autorización de abierta flexibilización tornándolo un axioma caprichoso y acomodable. La *lex certa* es lo óptimo, pero si no se logra, queda solo exigir un máximo de taxatividad posible²² con el objetivo de que se logre la mayor seguridad jurídica. Estos son los justos términos del principio de determinación que no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta»²³.

Ello es así por cuanto el sistema de la legalidad continental europea se inspiraba en un modelo de subsunción del juez como mero ejecutor de la voluntad legislativa que con el tiempo se advirtió como impracticable. Según la expresión atribuida a Montesquieu, el juez no era más que la boca por la cual se pronuncian las palabras de la ley²⁴. Robespierre llegó a sostener que en el nuevo régimen la jurisprudencia de los tribunales no era otra que la ley. Pero, ya Feuerbach había advertido inconvenientes insalvables para ello y flexibilizó esa regla mediante el método dogmático.

Hoy somos más conscientes que nunca de la variedad de alternativas interpretativas que plantea la ley penal debido a la porosidad y vaguedad del lenguaje. A ello debe añadirse las posibilidades que surgen de la –cada vez más frecuente– defectuosa técnica legislativa em-

²¹ DE LA RÚA, J.-TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, p. 89.

²² En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 1992, p. 256, quien expresa que «el logro de la máxima taxatividad posible y de la vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho».

²³ URQUIZO OLAECHEA, J., «Principio de determinación de la ley penal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, volumen I, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1344.

²⁴ SARRABAYROUSE, E. C., «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración», p. 47.

pleada en la elaboración de las leyes. Y no faltan quienes –como Jakobs– discuten la posibilidad misma de que la letra de la ley cumpla alguna función limitadora. De modo que, aún en los sistemas continentales, se debe admitir que el Derecho Penal no se agota en la ley positiva vigente.

Eso no significa que se pueda castigar sin ley penal. Ésta sigue siendo la fuente central sin la cual no puede existir sanción penal en los sistemas continentales y de manera especial en el nuestro, a partir de la recepción del principio de legalidad como *garantía constitucional* (arts. 18 y 19 Constitución Nacional) y *convencional* (disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994). Pero lo cierto es que la ley positiva, punto de partida para cualquier castigo penal, no alcanza para definir completamente la materia sancionable. También las manifestaciones científicas de los autores, las concepciones prácticas y los desarrollos de la historia del Derecho, gravitan significativamente en las decisiones judiciales²⁵.

III. Legislación penal y Derecho correcto: el papel de la Dogmática de cara al mandato de determinación

Dado que los textos legales no proporcionan por sí mismos bases suficientes para los enunciados dogmáticos, resulta insoslayable que el jurista deba tomar las correspondientes decisiones, lo cual no significa admitir que en el ámbito de la Ciencia jurídico-penal pueda predominar un *decisionismo* de conformidad con el cual aquellas categorías podrían ser expresión arbitraria de meras opiniones²⁶.

En una de sus más recientes obras²⁷, Jesús-María Silva Sánchez afirma que las legislaciones penales que emanan de las mayorías parlamentarias en nuestro ámbito de cultura se hallan lejos del ideal del Derecho Penal correcto. Los principios, subprincipios, estándares y

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a edición ampliada y actualizada, edit. BdeF, Montevideo, 2010, p. 287.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 110, donde cita a ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, agosto 1987, pp. 97-110: p. 98: La evidente relación íntima entre ciencia penal e ideología «no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan».

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 50-61.

reglas que elabora la doctrina del Derecho Penal, ya sea como dogmática, ya sea como política criminal, no son institucionalmente vinculantes porque los profesores no ocupan ninguna posición de poder aunque sí deberían considerarse discursivamente (racionalmente) vinculantes. En este sentido, debería ser razonable que la doctrina estudie la posibilidad de una solución legal alternativa (*de lege ferenda*) y/o de una estrategia dogmática, de modo que la ley penal vigente alcance, en su aplicación judicial *de lege lata*, un mayor grado de corrección jurídico-penal²⁸.

También explica que la dogmática *stricto sensu* se mueve en un espacio libre de Constitución en cuanto se respete el tenor literal de un texto legal conforme con aquella y se acojan los estándares aplicativos mínimos, tanto metodológicos como valorativos. Tal dogmática *de lege lata* es responsable de que la práctica judicial del Derecho Penal disponga de un modelo racional y seguro de aplicación de las leyes penales. Como tal, debe orientarse al desarrollo de «una red dogmática sin lagunas, que establezca un estrecho control de la judicatura en términos de científicidad jurídica –un control que entonces sería algo así como un cuarto poder en el Estado, que sólo controla, pero no ejerce dominio alguno»²⁹. En consecuencia, los conceptos dogmáticos deben estar solo orientados a presentar el Derecho Penal correcto.

En este trabajo intentaré aproximarme a una respuesta al interrogante si es admisible constitucionalmente una dogmática penal entendida como una ciencia que sea capaz de proteger las condiciones de funcionalidad de una sociedad pluralista y de riesgos, aunque deba hacerlo en desmedro del principio de legalidad. Para ello, centraré el análisis en las premisas valorativas de construcción de la imputación objetiva, formulada para explicar el tipo de injusto, una de las categorías más relevantes en la actualidad del sistema de la teoría del delito.

²⁸ Ya en 1992, en la primera edición de su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 111, Silva Sánchez había señalado que la discusión sobre las premisas valorativas de construcción del sistema de la teoría del delito plantea dos problemas: por un lado, el relativo a cuál es la fuente de tales premisas y cómo se concretan posteriormente las mismas en las diversas categorías; por otro lado, el referido a cómo puede controlarse en términos de racionalidad, la opción por determinadas premisas en lugar de otras y sus sucesivas concreciones.

²⁹ SCHÜNEMANN, B., «Savignys Rechtsbegriff –von chegestern und von übermorgens», en SCHÜNEMANN/TINNENFELD/WITTMANN, *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philips*, 2005, p. 175.

IV. La imputación objetiva y su supuesta tensión con el principio de legalidad

La teoría de la imputación objetiva es uno de los temas más intensamente debatidos en las últimas décadas. Sin embargo, bajo ese rótulo aparecen nuevamente ideas que ya expusieron con anterioridad los sostenedores de sistemas muy diferentes, sin que aquellos le hayan dado esa denominación, que igualmente hoy acoge en su seno interpretaciones tan variadas que en realidad podría hablarse de «teorías» de la imputación objetiva.

Si bien en los delitos de resultado el enfoque causal-mecanicista de la relación causal entre comportamiento y resultado no es aceptado en la actualidad como explicación exclusiva, no por ello ha sido dejado totalmente de lado, pues la dogmática jurídico-penal toma a la teoría de la *equivalencia de condiciones* como punto de partida para determinar la posible relación causal, que ahora se conceptúa en base a criterios normativos en las distintas versiones de la moderna teoría de la imputación objetiva, desarrollada a partir de 1970 por el prestigioso maestro alemán Claus Roxin.

Este autor pretende establecer ciertos criterios valorativos que permitan, en el ámbito del Derecho Penal, esclarecer cuándo una actuación humana se puede calificar como acción típica desde el punto de vista objetivo (*imputación objetiva*).

Para dicha concepción existen dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal objetivo: la causalidad y la imputación. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad, ya que podría haber causalidad sin imputación, pero no imputación sin causalidad.

La teoría de la imputación objetiva parte de un presupuesto realista: en la vida social moderna se toleran –e incluso se alientan– ciertas conductas peligrosas dentro de un margen determinado y siempre que se desarrollen de acuerdo a normas y parámetros establecidos. Cuando estos riesgos exceden los límites tolerados, se lesionan bienes protegidos y es aquí cuando el Derecho Penal debe intervenir.

Siguiendo a Roxin³⁰, afirmo que la concepción de la imputación al tipo objetivo debe ocurrir siguiendo dos principios estructurados de manera sucesiva uno tras de otro: a) solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando su conducta hubiera

³⁰ ROXIN, C., *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 2.ª edición, Grijley, Lima, 2014, pp. 79 y 80.

creado para el objeto de la acción un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto, y b) si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor será por regla general imputable, de manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo. Pero excepcionalmente podrá desaparecer la imputación cuando el alcance del tipo no abarcara la evitación de tales peligros y sus consecuencias. La finalidad de protección de la norma es considerada como eje rector del análisis ya que, a los efectos de la teoría de la imputación objetiva, solo deben tenerse en cuenta aquellos resultados que afecten el bien jurídico protegido por la norma que el autor infringió al momento de crear el riesgo penalmente relevante.

En un reciente trabajo que elaboramos con Diego Peretti Ávila³¹ hemos sostenido que uno de los problemas serios que plantea el concepto de riesgo no permitido que se encuentra presente en el nervio mismo de la dimensión de la imputación objetiva, en la estructura del tipo objetivo; está representado por su articulación con la categoría de la antijuridicidad. Al respecto, la doctrina mayoritariamente sostiene que el riesgo no permitido que sustenta la objetiva imputación del tipo es de condición genérica, representado a partir de reglas generales, mientras que el que compete a la antijuridicidad hace referencia a una cuestión excepcional que implica la justificación de una conducta –típica– riesgosa³²; en este mismo sentido Roxin expresa categóricamente: «Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo»³³

En realidad, la noción de riesgo permitido representa un concepto de contenido normativo de valoración jurídica que nos remite en modo directo al contenido del injusto, lo que convierte a la distinción entre lo particular y general, además de excesivamente difusa, completamente arbitraria, sobre todo, teniendo en cuenta que lo que conocemos como causas de justificación, al tener su fundamento en la legislación positiva, resultan ser de contenido general.

³¹ LASCANO, C. J.-PERETTI ÁVILA, D., «El regreso del *dolus malus*, pero ahora en el tipo», en *Brücken bauen Festschrift für Marcelo D. Lerman und Fernando J. Córdoba zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von Eric Hilgendorf, Marcelo D.nLerman und Fernando J. Córdoba; Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 545 a 547.

³² STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*, 4.^a ed., traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 153.

³³ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, t. I p, 371.

En un interesante artículo Volker Haas³⁴ busca aclarar si la teoría de la imputación objetiva puede fundamentar con solidez la responsabilidad penal y realiza algunas de las críticas más importantes a dicha doctrina, referidas especialmente a su relación con la teoría de los imperativos y con la doctrina del bien jurídico, sobre las cuales no puedo ahondar en este momento. Sí me interesa destacar –por estar directamente vinculado al tema de este aporte– el cuestionamiento que dicho autor realiza a la teoría de la imputación objetiva en función de su incompatibilidad con el mandato de *lex certa* derivado del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, Haas³⁵ realiza las siguientes objeciones: la doctrina de la imputación objetiva interpreta las normas penales de los delitos de resultado –especialmente los §§ 222 y 229 StGB que tipifican el homicidio imprudente y las lesiones imprudentes, respectivamente– como *tipos abiertos*. «La relación causal formulada por la teoría de la equivalencia se ancla solo ontológicamente y con ello se sitúa fuera del ámbito de lo normativo. Un destino parecido comparte el concepto de resultado, que, como menoscabo de un interés de integridad puramente fáctico, no presenta aún implicaciones normativas. Lo único normativo es el concepto de riesgo permitido, a rellenar valorativamente, y el de imprudencia, cuyos baremos sin embargo no se concretan en la ley. Como consecuencia, el enunciado jurídico legal-abstracto tiene únicamente el estatus de una cláusula general no fijada conceptualmente. Algo similar sucede en Derecho civil con la norma de responsabilidad del § 823 I BGB*, siendo sin embargo que solo en el Derecho penal debe observarse la vinculación al mandato de determinación *nulla poena sine lege stricta*. A la vista del indiscutido alcance de la teoría de la equivalencia como concepto básico de la doctrina de la imputación objetiva, semejante comprensión del tipo, por un lado, privaría al aplicador del Derecho de la posibilidad de informarse sobre qué ha de evitarse con un comportamiento diligente; por el otro, a la vista de los deberes de cuidado que muchas veces solo se perfilan con una ponderación de intereses en sede judicial, se le negarían al aplicador del Derecho los puntos de orientación que necesita para informarse sobre las exigencias de comportamiento adecuado al cuidado. Prescindiendo de la problemática fundamental,

³⁴ HAAS, V., «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», traducción de H. García de la Torre, publicado en *Indret* 1/2016, Barcelona, enero de 2016, pp. 1-33.

³⁵ HAAS, V., «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», pp. 21 y 22.

aquí solo mencionada, del desarrollo judicial del Derecho material [*materielle richterrechtliche Rechtsfortbildung*], la re-normativización extensiva del tipo de los delitos de resultado jurídico-penales a través de la doctrina de la imputación objetiva arroja con ello serias dudas jurídicoconstitucionales en relación con el art. 103 II GG». Dicha cláusula de la Ley Fundamental alemana establece que «*solo puede castigarse un delito si su punibilidad estaba fijada legalmente con anterioridad a que se cometiera*». Como es habitual en los ordenamientos jurídicos de tradición continental, el principio de legalidad en Alemania se despliega también en las exigencias de *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta* y –de particular interés aquí– *lex certa*.

Respecto de los denominados *tipos penales abiertos* adhiero a lo expresado por Gabriel Pérez Barberá³⁶ cuando explica que según una opinión bastante extendida los tipos culposos son tipos «abiertos», en el sentido que su concreta forma de realización típica no está expresamente señalada en la ley, la cual debe ser completada por el juez según las características del caso concreto y en función de la específica norma de cuidado que lo rige. De allí que, como la acción concreta no está determinada legalmente, se sostenga que los tipos imprudentes afectarían el principio de legalidad, que exige que los tipos penales deben describir exhaustivamente la conducta prohibida de una manera clara y precisa; es decir, se requiere que los tipos sean «cerrados» (mandato de determinación). Afirma con acierto que ese punto de vista es erróneo y, de hecho, lo rechaza la doctrina, pues –como se ha advertido– los delitos culposos no son ni más ni menos «abiertos» que los dolosos. Pero ni siquiera los tipos penales –dolosos o culposos– que pueden ser calificados de «abiertos» violan –por ese solo hecho– el principio de legalidad, pues no es posible pensar en otra manera de concretar esos tipos que no sea a través de la tarea de los jueces, siendo más fácil para el ciudadano distinguir deberes de cuidado según sus propias nociones que a través del contenido de las leyes.

Los cuestionamientos de Haas sobre la tensión con el mandato de determinación emergente del principio de legalidad producida por la remisión a valoraciones sociales externas a la ley penal para completar el contenido de la categoría del riesgo permitido que es la piedra angular de la imputación objetiva, es quizá uno de los aspectos menos estudiados por la dogmática jurídico-penal de los últimos tiempos, con

³⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. E., «El tipo culposo. La preterintencionalidad» en Lascano, C. J. (director), *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 335 y 336.

honrosas excepciones, entre las cuales debo destacar la excelente monografía de Nuria Pastor Muñoz³⁷.

Dicha autora³⁸ explica con claridad y corrección que en ocasiones el legislador penal recurre a la *remisión expresa a otras instancias* para completar la definición de tipos penales, como sucede con la técnica legislativa de las *leyes penales en blanco* que en su momento generó una intensa discusión pero que hoy en día son aceptadas si se mantienen dentro de los límites jurídico-constitucionales (teoría del complemento indispensable) porque sirven para mantener una cierta estabilidad de la ley penal en el tiempo y, al mismo tiempo, para ajustarla a las exigencias de ciertas actividades específicas y fluctuantes. Agrega que otros fenómenos de remisión de la ley o de la jurisprudencia también han suscitado debates importantes como la *remisión a las reglas de la técnica* establecidas por sectores especializados que en 1987 –en su contribución al Libro Homenaje a Lackner– mereció el rechazo frontal de Schünemann³⁹ por entender que prácticamente permitía un Derecho Penal *a la carte* en el que los destinatarios podían definir el contenido de las normas punitivas conforme a sus propios intereses. Señala que en la actualidad tales cuestiones se vuelven a plantear a raíz del fenómeno de la *autorregulación* en Derecho Penal por la existencia de un programa de cumplimiento con los requisitos legales, que determina la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. En realidad lo preocupante no es el mero hecho que se produzca una remisión del legislador penal a otras instancias para construir los estándares de conducta jurídico-penales, que es algo inevitable, sino el peligro de que la remisión sea *patológica*, algo que ocurre cuando las instancias a las que se remite generan sus cuerpos normativos guiándose por un *telos* distinto al de la norma penal. Por ello, es clave subrayar que *la remisión está presente en todos los estándares de conducta jurídico-penales* y está unida a la institución del *riesgo permitido* como primer eslabón en el análisis de la desaprobación jurídico-penal de la conducta.

De la Rúa y Tarditti⁴⁰ explican que el criterio para deslindar entre *riesgos permitidos* y *no permitidos* es el filtro de mayor importancia para diferenciar entre una acción dotada de capacidad causal respecto del

³⁷ Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal, cit. *supra* en nota 7.

³⁸ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 15-19.

³⁹ SCHÜNEMANN, B., «Las reglas de la técnica en Derecho penal», traducción de M. Cancio Meliá y M. Pérez Manzano, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 158.

⁴⁰ DE LA RÚA, J.-TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, pp. 305-308.

resultado y que, por lo tanto, implica un peligro para un bien jurídico, de la acción que además de esa capacidad, presenta una característica normativa que posibilita captarla como relevante para el ámbito delimitado por el tipo. Toda conducta encuadrable dentro del riesgo permitido es necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal y, en consecuencia, no puede ser nunca considerada ni siquiera objetivamente típica. Es decir, el riesgo permitido proporciona un parámetro general de exclusión del tipo objetivo.

La regulación legislativa de ciertas actividades riesgosas, como son las que recurrentemente se ejemplifican, implica que desde la perspectiva normativa configuran «riesgos permitidos» en la medida que se desarrollen dentro de las reglas.

No todas las actividades riesgosas se encuentran reglamentadas legislativamente. Existe un conjunto bastante considerable de actividades peligrosas que se desenvuelven en ámbitos en los cuales se han configurado estándares científicos o técnicos propios de ciertas profesiones (médicos, y otros profesionales de la salud, ingenieros y arquitectos) u oficios (electricistas, plomeros), para llevarlas adelante dentro de esos consensos. Si bien estos estándares no son equivalentes a las regulaciones formales, para determinar que se ha sobrepasado el riesgo en quien no se atuvo a ellos, el que actúa de modo diferente debe haber empleado por lo menos una alternativa superior (cirujano que innova empleando una técnica quirúrgica viable científicamente y superior a la estándar) o igualmente compensadora (constructor que realiza un muro de grosor inferior pero con un material que proporciona mayor seguridad que el estándar aceptado para la profesión).

Asimismo, en muchas actividades riesgosas tampoco existen regulaciones y son las que plantean más dificultades para encontrar un criterio objetivo para separar el riesgo permitido del no permitido. Estas dificultades se plantean cuando se trata de actividades que no coinciden con los llamados *riesgos normales o generales de la vida*, porque éstas ni siquiera pueden considerarse que «crean» riesgos ya que son manifestaciones del ámbito de libertad en un marco de interacción social; y tampoco coinciden con los *riesgos drásticos* suficientemente expresivos de su calidad de «no permitidos» (v.gr. disparar un arma hacia donde se encuentran personas, diseminar veneno en aguas de un río).

Considero atinada la mayoría de las conclusiones de Pastor Muñoz⁴¹, que a continuación resumo: 1) la remisión latente en todo tipo

⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 117-119.

penal es una remisión a *estándares socialmente vigentes de conducta*, los cuales son el primer elemento a considerar en el juicio específico jurídico-penal, para lo cual es necesario que exista la convicción respecto a su carácter vinculante; 2) se trata de *estándares abstractos* sobre el modo de llevar a cabo una actividad; 3) esta visión del alcance limitado de la ley penal determina una concepción del principio de legalidad en términos muy modestos ya que la sola ley no ofrece orientación al ciudadano sobre las normas penales, sino que es imprescindible la aportación de la dogmática; asimismo, la garantía de *lex scripta* no se extiende a toda norma penal, sino solamente a su punto de partida, la ley positiva; 4) las remisiones legales o jurisprudenciales a cuerpos normativos privados o legales presentan algunas *patologías aparentes y otras reales*: a) no son admisibles las *remisiones expresas totales* porque impiden una valoración autónoma específicamente jurídico-penal de la conducta del autor y remiten a otras instancias de definición del injusto, sin reservarse una posibilidad de control del *telos* del cuerpo normativo al que se remite; b) tampoco lo es la *remisión a ciegas a cuerpos normativos privados* (*autorregulación* empresarial) no tanto por una posible vulneración del principio de democracia sino por la vinculación del Derecho Penal al producto normativo de tales grupos; c) cuando la ley *remite expresa y parcialmente a normas administrativas* (leyes penales en blanco constitucionalmente admisibles) surgen problemas cuando la normativa administrativa no refleja (por defecto de origen o por haber quedado obsoleta) los estándares sociales de conducta correcta; en tales caos la impunidad del autor se basa en razones de legalidad; d) en las *remisiones tácitas* el juez debe examinar si las regulaciones (del Derecho Administrativo o de los cuerpos normativos privados) reflejan convicciones sobre la conducta correcta en dicho sector de la sociedad.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que –como no es posible un sistema en el cual el legislador establezca normas totalmente autosuficientes, de modo tal que la conducta sometida a decisión judicial pueda encuadrarse sin mayores esfuerzos en la hipótesis de la norma– el intérprete o el juez deberán desarrollar argumentaciones para determinar el correcto alcance de la ley en relación al caso sometido a decisión, y en tal punto es natural que exista un cierto grado de apreciación personal de las valoraciones (cuál es el margen de cuidado razonable en un acto culposo no reglado, cuándo se considera que un peligro es común o no, etc.). Pero, ante todo, la dogmática exige una actitud de buena fe: el objetivo de la interpretación es determinar el

alcance de una norma, y debe admitirse *ab initio* que tal determinación puede no coincidir con las valoraciones personales del intérprete. En la medida que éste se considere habilitado para incorporar valoraciones personales distintas a las de la norma, o meramente aplicarla por su propia virtualidad sin examinar que la norma pueda contener otras valoraciones, niega la dogmática⁴².

⁴² DE LA RÚA, J.-TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 89 y 90.

BIOLOGÍA Y DERECHO PENAL

GERARDO LAVEAGA *

Instituto Nacional de Ciencias Penales

¿Por qué hacemos lo que hacemos? ¿Por qué dejamos de hacer lo que no hacemos? Mi abuela lo atribuía a nuestros anhelos de alcanzar el cielo o, en su caso, de nuestro temor de ir a dar al infierno. Siendo adolescente, leí el *Soneto a Cristo crucificado*, del siglo XVI, donde su autor –cuyo nombre ignoramos– proclamaba:

*No me mueve, mi Dios, para quererte
el cielo que me tienes prometido,
ni me mueve el infierno tan temido
para dejar por eso de ofenderte*

*Muéveme, en fin, tu amor, y en tal manera,
que aunque no hubiera cielo, yo te amara,
y aunque no hubiera infierno, te temiera.*

Ya perdida mi fe y sustituido en mi mente el infierno por la prisión, invariablemente recordé estos versos. Como estudiante de Derecho, provocaron que me cuestionara la eficacia de la ley. De la ley penal para ser preciso. Si mañana se despenalizara el homicidio, me preguntaba ¿yo me atrevería a ir a matar a alguien? Mi respuesta era –y sigue siendo– no. Entre las personas con las que alterno, no se me ocurre alguna que se animara hacerlo.

Si mañana desaparecieran las consecuencias jurídicas para quienes abandonan a sus hijos, yo no abandonaría a los míos. Podría apostar a que tampoco lo harían mis amigos y conocidos. Por el contrario, quienes asesinan, violan o asaltan, quienes abandonan a sus hijos, lo hacen a despecho de las leyes más severas.

* Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

Mi interés por la eficacia jurídica –«el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la impuso», que es así como la define Norberto Bobbio– me llevó a buscar las respuestas en la filosofía y en la teoría del Derecho.

Del Derecho divino pasé al iusnaturalismo, pero la lectura de Hume me alejó de él. Lo que enseña el pensador escocés es que la moral es producto de nuestras emociones y no de la razón. Que el Derecho no es resultado de principios eternos e inmutables sino de un consenso que varía en el tiempo y el espacio.

Su *ought passage* me pareció revelador: no era posible inferir Derechos y deberes a partir de una manifestación de la naturaleza. ¿Contar con dos brazos indicaba que estábamos diseñados para tener dos hijos? ¿Tener la piel oscura implicaba que debíamos servir a quienes tuvieran la piel clara? Las monstruosas políticas racistas o supremacistas habían tenido una aproximación similar.

Con el positivismo, al que me volqué entonces –Bentham, Austin, Hart, Kelsen, Bobbio...– no me fue mejor. Si al principio llegué a creer que bastaba que una sociedad conociera la ley para que la respetara, advertí que la técnica del Derecho no podía ser ajena a su contenido. Tan disparatado parecía afirmar que se prohibía asesinar porque esa era la voluntad de dios, como que se prohibía hacerlo porque así le había parecido razonable a un legislador que se arrogaba el privilegio de decidir «por el pueblo».

Si al legislador se le antojaba razonable que una persona discapacitada debiera ser sacrificada en aras de su comunidad, ¿debía ejecutarse dicha orden? Si así se hacía, el Derecho no era sino una mascarada para legitimar al más fuerte. Me interesaba el Derecho, claro, pero también su contenido ¿O no había relación?

En cuanto a la dogmática penal, me pareció que ésta no era sino un ingenioso conjunto de presupuestos teóricos para justificar la labor de un juez o de un abogado defensor. Pero no iban más allá de la pirotécnica del lenguaje: ¿el sujeto pudo optar por una conducta distinta de la que desplegó en determinado caso? ¿Realizó la conducta en su función de esposo o lo hizo en su carácter de policía? Al final, todo se reducía a un juego de palabras, donde la parte que mejor las manejara se salía con la suya.

Entonces, me aproximé a las ciencias biológicas... y, al fin tuve una luz. Sin ignorar que los resultados de la ciencia están mediados en términos culturales, me pareció más simple –y más contundente– estudiar

el genoma, la neurona y la noradrenalina antes que la mente, la justicia o el alcance semántico de un término para entender la eficacia de la ley.

En la Universidad se aprende, palabras más, palabras menos, que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta de los individuos en sociedad. Pese a ello, a pocos integrantes del mundo jurídico les ha interesado explicar las causas de esa conducta. Creen que basta crear una ley o diseñar un castigo para quien haga o deje de hacer algo y, así, transformar la realidad.

Más allá de decidir si se quiso actuar de un modo o se pudo actuar de otro –la *culpabilidad*, que han explorado los penalistas hasta el agotamiento–, innumerables abogados dan por sentado el libre albedrío y se esmeran en anular un acto cuando advierten que hubo «vicios en la voluntad». Pero, sin recurrir a la biología, estas no dejan de ser acrobacias verbales. Me explico:

Desde que, en 1848, el pacífico y generoso Phineas Gage sufrió un accidente que alteró su cerebro y lo convirtió en un bravucón desalmado, sabemos que las emociones y pensamientos que originan nuestra conducta tienen una base material en nuestro organismo. Somos máquinas biológicas diseñadas para sobrevivir, como enseñó Darwin.

Es así que respondemos al medio ambiente para mantener nuestro equilibrio interno. *Homeostasis*, dicen los biólogos. Nuestra conducta es resultado de la interacción entre nuestro organismo y el medio en que nos desenvolvemos. Esto no suelen tomarlo en cuenta legisladores, jueces y litigantes. La razón es simple: apenas empezamos a conocer el tema. Si nos quemamos la mano o nos cortamos el pie, nosotros y quienes conviven en nuestro entorno podemos localizar la lesión. Esto no ocurre si la lesión está en la corteza frontal del cerebro o en su conexión con la amígdala.

El medio, por supuesto, puede modificarse. En los espacios cerrados, donde hay que pelear por la comida, se genera en nuestro cuerpo cortisol, hormona que explica la violencia y, eventualmente, el delito. Si, al contrario, producimos más oxitocina o vasopresina, seremos más afectuosos.

La dopamina genera deseos de hacer las cosas y nos genera placer, mientras la serotonina nos anima a vivir. Lo que hacemos y no hacemos, en suma, está condicionado y hasta determinado por esta relación entre organismo y medio ambiente, como podría estarlo la conducta de una amiba o de un elefante.

A diferencia de amibas o elefantes, sin embargo, los seres humanos dotamos de significado y narrativa nuestras acciones. En nuestra lucha

por sobrevivir, hemos ido fortaleciendo nuestra capacidad de conocer, aprender, almacenar lo aprendido y utilizarlo para nuestro provecho. Probamos, nos equivocamos, volvemos a intentarlo a partir de experiencias positivas o negativas, utilizando adjetivos como «bueno», «injusto» o «correcto».

Aprendizaje y memoria explican por qué los seres humanos, a diferencia de otros animales, hemos logrado transformar nuestro entorno. El Derecho es, de algún modo, ese conjunto de lineamientos que nos recuerda lo que funciona en ciertas circunstancias... y lo que no. Al crear leyes y aplicarlas, verificamos si lo que se hizo o dejó de hacerse iba de acuerdo con «lo establecido». Pero, de nuevo, no son las leyes las que explican nuestro comportamiento.

Los diques que erigen los castores y los panales con celdas hexagonales que construyen las abejas –que también transforman su entorno– no requieren del Derecho ni de manuales de procedimientos dado que, como explica Richard Dawkins al hablar del «genotipo extendido», son producto de un algoritmo distinto que ya viene grabado en los genes de castores y abejas, sin que éste se haya modificado a través de aprendizaje y memoria. Los seres humanos somos máquinas más complejas y «perfectibles».

En su fútil intento por ser autónomo, el Derecho ha procurado mantenerse alejado de las ciencias biológicas. *Aislado*, habría que precisar. Sus construcciones teóricas se basan en análisis, lógica, argumentación y toda suerte de abstracciones, que ignoran los progresos científicos. Pero, como ha ocurrido con la medicina forense a la hora de esclarecer un delito, con la justicia terapéutica a la hora de diseñar las consecuencias que debe afrontar un adicto a las drogas, o con el ADN, a la hora de averiguar si un hijo es o no del varón que lo desconoció, así irá ocurriendo con otras figuras jurídicas que, hasta hoy, se han mantenido al margen de las ciencias. Esta separación está condenada a desaparecer.

En su libro *Why People Obey the Law*, Tom Tyler da cuenta de las encuestas que emprendió para averiguar por qué las personas obedecían la ley. Su conclusión fue que la mayoría no lo hacía por temor a la sanción: las regía su moral, dijeron, y su conducta era, casi siempre, «auto interesada». Se «portaban bien» para seguir perteneciendo a sus comunidades. Esta moral y este «auto interés» tienen fundamentos biológicos.

Particularmente, *apego* –determinado por hormonas y neurotransmisores como las mencionadas serotonina, oxitocina y vasopresina– y *miedo*, definido en cada organismo por la mayor o menor calcificación en su amígdala. Personajes como Alejandro, César o Napoleón es de

presumir que tuvieran una amígdala calcificada y una secuencia genómica que la originó: También los asesinos seriales que tanta curiosidad e indignación provocan en el siglo XXI.

Tras analizar los argumentos de Patricia Churchland, Antonio Damasio, Richard Dawkins, Martin Nowak, Steven Pinker, Michel Tomasello, Robert Sapolsky y otros autores que explican las bases biológicas de la conducta, concluyo que estas dos emociones –*apego* y *miedo*– no solo explican por qué las personas se afilian a un partido político de izquierda o derecha, van a la guerra cuando sus líderes lo exigen, desvían recursos financieros cuando eso les permite pertenecer a cierto grupo o reaccionan violentamente ante la desigualdad económica.

«Las normas prescriptivas se concibieron para ejercer cierta presión sobre el mundo», dice Frederick Schauer. Y tiene razón. Pero estas normas solo abonan a nuestra homeostasis cuando han ido acordes con nuestra naturaleza. Cuando, en cambio, castigan una conducta que de cualquier modo acabará realizándose –prohibir las relaciones sexuales en ciertas circunstancias, por ejemplo–, lo único que consiguen es producir sufrimiento y, a la larga generar desobediencia e inobservancia a la ley.

Así como un mono rechaza un trato desigual respecto a otro mono a la hora en que sus entrenadores humanos reparten recompensas –los experimentos del primatólogo holandés Franz de Waal son referente–, así los seres humanos reaccionamos cuando sentimos que otros individuos y otros grupos reciben más de lo que nosotros creemos merecer. En este rechazo –estrategia biológica de supervivencia– está el origen de la anarquía, las revoluciones, la desobediencia civil y buen número de delitos.

Por sorprendente que parezca, el esfuerzo por vincular biología y Derecho aún escandaliza a algunos antropólogos y sociólogos, quienes opinan que el hombre es producto de la civilización. Lllaman despectivamente «biologismo» a la postura que pretende lo contrario: demostrar que toda civilización es producto de la constitución biológica de los seres humanos.

«No se puede empezar a comprender algo como la agresividad, la competencia, la cooperación y la empatía sin la biología», escribió Robert Sapolsky, desde su óptica de neurobiólogo: «Digo esto por una cierta clase de científicos sociales que creen que la biología es irrelevante cuando se piensa en la conducta social humana».

Para contribuir a reducir esta creencia en mi entorno, me ha parecido importante explicar, a partir de una visión multidisciplinaria, por qué la creación, aplicación e interpretación del Derecho no podrán llevarse al cabo, en lo futuro, sin tomar en cuenta las ciencias biológi-

cas. En concreto, la neurociencia, la ciencia cognitiva, la genética del comportamiento, la psicología evolutiva y la epigenética. Esto, al menos, si lo que se busca es que las leyes que respondan a las necesidades de los distintos grupos sociales... y que se acaten.

Ante nuestra falta de conocimientos científicos, la necesidad del Derecho –concretamente de las normas prescriptivas– para «ejercer una presión sobre el mundo» y del aparato represivo que éste conlleva, siguen siendo útiles. Nuestra conducta está determinada por procesos bioquímicos y estructuras genéticas pero, en 2021, aún no sabemos cómo alterarlas para obtener ciertas conductas o inhibir otras.

No será con amenazas de prisión como podrán modificarse en lo futuro ciertos comportamientos nocivos ni tampoco con los funambulismos argumentativos que sugiere la dogmática penal. Por qué asesina quien asesina o por qué viola el que viola no tienen respuestas ni en la filosofía, ni en la sociología, ni en el Derecho. Así lo confirma el descubrimiento de la estructura de los ácidos nucleicos, la secuenciación del genoma humano y los impresionantes avances que ha logrado la imagenología para detectar zonas y reacciones de nuestro cerebro.

En la medida que logren desentrañarse las estructuras químicas de nuestros genes, hormonas y neurotransmisiones, cómo operan con exactitud la corteza prefrontal, la amígdala y los mecanismos fisiológicos a los que atribuimos nuestro *libre albedrío*, habrá que considerar la posibilidad de alterar estas bases, tanto para alentar la cooperación como para prevenir los daños que un sujeto pueda causar a su comunidad.

«Esto suena a Lombroso», me comentó una vez un penalista escandalizado. Y tenía razón Lombroso iba por el camino correcto –no en balde se le considera el padre de la criminología– pero no tuvo acceso a mucha de la información genética y hormonal que hoy conocemos. Esto lo condujo a conclusiones demenciales.

En lo futuro, habrá que diseñar una nueva narrativa, lo mismo para trazar los límites de los Derechos humanos que para explicar el alcance de la libertad. Si hoy se solicita al requirente de un empleo o a quien pretenda abrir una cuenta bancaria que aporte datos confidenciales; si hoy son exigibles exámenes prenupciales para quien desee contraer matrimonio, no es aventurado señalar que, en lo futuro, los individuos deberán someterse a análisis que permitan conocer la cantidad y calidad de sus estructuras neurobiológicas y genéticas, así como de las sustancias químicas que las integran. ¿También será razonable que se les solicite «ajustar» estas estructuras y estas sustancias en un laboratorio

cuando el caso lo amerite? Son temas que pronto estarán discutiéndose en las facultades de Derecho.

Pensemos en el caso de Caster Semenya, la atleta sudafricana que, en 2018, fue condenada por la Federación Internacional de Atletismo (IAAF) –resolución que confirmó el Tribunal Federal del Deporte (TAS)– a tomar medicamentos que redujeran sus niveles de testosterona por debajo de 5 nonomoles por litro. Las deportistas con las que competía en las carreras consideraron que estos niveles la situaban en una posición ventajosa.

Caster Semenya podía ganar competencias, adujeron, porque tenía niveles de testosterona más altos que sus competidoras. Pero, quizás, también porque poseía músculos más flexibles que ellas. ¿También tendría que tomar pastillas para endurecerlos? O quizás deban ser sus competidoras a las que se obligue a ingerir medicamentos para aumentar su testosterona.

Supongamos ahora que se detecta que otra corredora posee mayor capacidad pulmonar que sus contrincantes. ¿Debemos reducir dicha capacidad? ¿En nombre de la igualdad acabaremos viendo cómo todas las atletas llegan al mismo tiempo a la meta? El Derecho tendrá que aportar respuestas, pero ya no basadas en labores palabristicas sino en datos duros.

Por otra parte ¿deberían desestimarse los logros de deportistas como Casus Clay, Michel Phelps o Miguel Induráin, dada la preeminencia biológica que, en su momento, no se logró detectar? ¿Deberán modificarse las estructuras genéticas y hormonales de los modernos Newton, Bethoveen y Monet para que no tengan ventajas innatas? ¿Quién lo decidirá? Este es el inquietante tema que, entre otros, Noah Yuval Harari han puesto sobre la mesa.

Volviendo al ámbito del Derecho Penal, ¿convendrá privar de su libertad a un sujeto que, por tener una cantidad desproporcionada de noradrenalina, es violento y ha golpeado a varios de sus vecinos? Esto no resolverá con una temporada en prisión sino con fármacos.

Los nuevos conocimientos sobre la biología de la conducta también facilitarán que hallemos un camino más seguro para reinsertar a los delincuentes a su comunidad. No me refiero a esos infames «centros de reeducación» que, a la fecha, siguen manteniendo algunos regímenes dictatoriales en el mundo para «reeducar» a los presos políticos sino a la posibilidad de que se pueda modificar, auténticamente, la personalidad y el temperamento de una persona, con miras a ser reinsertada.

Esto obligará a preguntarnos si de veras queremos reinsertarla, dado que este ejercicio se llevaría al cabo con la misma lógica con la que un psiquiatra receta hoy un fármaco para atenuar la depresión. Habrá que replantear, pues, los fines del castigo: ¿A quiénes se va a reinsertar? ¿Lo mismo al bravucón que ha lesionado a sus vecinos que a quien se dedica al secuestro?

Si lo que queremos es aislar a un sujeto o, simplemente, retribuir su conducta antisocial con una dosis de sufrimiento, la neurociencia no tendrá mucho que aportar. Si queremos protegerlo de la venganza de víctimas y ofendidos, tampoco. Luigi Ferrajoli lo entendió bien cuando escribió: «La prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas».

Las preguntas sobre el impacto de la ola que se avecina también nos obligarán a replantear preguntas y a estudiar mejor los alcances de los tratamientos de la *Justicia terapéutica*. Estos tendrán que redireccionarse cuando, con la administración de un fármaco, puedan bloquearse las adicciones. Lo que busca el adicto no es la heroína o la cocaína sino el medio para liberar su propia dopamina. Eso podrá conseguirse con otras herramientas menos perjudiciales a la salud. En el ínterin ¿puede prohibírsele que obtenga su dopamina de manera artificial? La guerra contra las drogas terminará por volverse inútil, pero ¿De veras querremos acabar con esta guerra? Quienes se benefician con ella tendrán objeciones que formular

También habrá que discutir si la posibilidad de que a alguien se le inyecte serotonina para frenar sus tendencias suicidas y –eventualmente, atentar contra su libertad de procurarse una muerte digna– va a depender solo de un juez. Esto implicará no solo una revisión de la Bioética sino una de la teoría de los Derechos fundamentales: ¿El sujeto en cuestión desea recibir este tratamiento? Si no tiene la suficiente serotonina, dirá que no.

En *Sell vs United States* (2003), la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que, en los casos donde no hubiera habido violencia, los tribunales no podrían ordenar que se medicara a una persona sin su consentimiento. Estableció una lista de requisitos para medicar a alguien contra su voluntad. Esta decisión parece adecuada con los conocimientos biológicos que hoy tenemos al respecto, pero pronto contaremos con información más amplia. ¿Cuáles serán entonces las reglas?

Hoy día no se pregunta a un parricida o a un terrorista si prefiere ir a prisión o no. Se le suspenden sus Derechos y punto. La «readaptación» química, sin embargo, acabará por reducir las cárceles al mínimo y, quizás, hasta a desaparecerlas. ¿O habrá sujetos a los que, pese a todo, convenga mantener en prisión?

Todo anticipa que los tribunales del futuro tendrán que estar integrados por nuevos perfiles de profesionistas: psicólogos-criminólogos, psiquiatras forenses y farmacólogos. Los programas de Derecho serán modificados en las universidades y la conducta se estudiará, no en razón de lo que prescriben los artículos de un código sino con miras a modificarla para alcanzar ciertas metas sociales. Anatomía y fisiología serán asignaturas obligadas para los futuros abogados.

Los estudios sobre *Biological Basis of Rights* o *Law and Behavioral Biology* despuntan en Holanda y Australia; en Francia y Alemania. En América Latina, la Universidad de Buenos Aires cuenta con un programa completo sobre *Neurociencia y Derecho* y, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), de México, se inauguró en 2019 una Maestría en Psicopatología Forense y Sistema de Justicia.

Nada de esto deberá hacernos olvidar el tema de la dignidad pues no se entiende un mundo plural, inclusivo y civilizado si ésta no se tiene en la mira. Pero –de nuevo– habrá que replantearlo e, incluso, que reinventarlo a la luz de los nuevos conocimientos, como lo ha sugerido Rafael Yuste, al hablar y exigir la protección de los «neuroderechos», que nos ayudarán a regular el acceso a nuestros pensamientos y nuestras emociones, evitando que alguien más quiera hacerse de unos y de otras.

EJERCICIO LEGÍTIMO DE DERECHO. CUESTIONES GENERALES

DIEGO-M. LUZÓN PEÑA

*Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid.
Dr. h. c. mult. Presidente de honor de la FICP**

*A mi muy querido Luis Arroyo Zapatero,
en la culminación de su vida académica,
con la entrañable amistad de toda una vida
y en testimonio de mi profundo aprecio y reconocimiento
por su obra universitaria y como penalista,
ensayista y persona, ¡ad muchos años, Luis!*

I. Alcance y sentido del artículo 20, 7.º CP

1. Remisión a todo el ordenamiento; relación entre estas causas de justificación

Según el art. 20, 7.º CP está exento de responsabilidad criminal: «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Con ello se reproduce la tradicional fórmula recogida en el art. 8, 11.º CP 1944, pero en cambio el art. 20 CP no menciona expresamente la obediencia debida, a la que se refería el art. 8, 12.º CP 1944, porque se considera que no es más que una forma de cumplimiento de un deber. Estas causas de justificación, que están bastante relacionadas entre sí, remiten a todo el ordenamiento jurídico, donde se contienen derechos y deberes que legitiman conductas que encajan en el tipo positivo de diversos delitos. El ejercicio legítimo de una profesión u oficio y el del cargo suponen, o bien el ejercicio de facultades (derechos) de tal oficio o cargo, o bien a veces incluso el cumplimiento de deberes profesionales o del cargo; por eso algunos

* Fundación Internacional de Ciencias Penales (www.ficp.es; contacto@ficp.es).

autores¹ señalan que el art. 20, 7.º se puede reducir a ejercicio del derecho o cumplimiento del deber. Ello es formalmente cierto, pero en el aspecto material el ejercicio (de derechos o deberes) del oficio o del cargo suponen una designación plástica y más específica de los correspondientes ámbitos².

2. Necesidad o superfluidad de su previsión expresa

Hay Códigos que sí recogen estas circunstancias como eximentes (p. ej. los CP italiano, suizo, belga, holandés o japonés y la inmensa mayoría de los iberoamericanos³), pero existen otros Códigos (como el alemán o el austriaco) en que no se menciona expresamente estas circunstancias y sin embargo doctrina y jurisprud. las admiten sin problemas como causas de justificación y por tanto eximentes. Ante esa situación, en la doctrina un sector sostiene la superfluidad del actual art. 20, 7.º CP (y del anterior 8, 11.º CP 1944/1973 y preceptos equivalentes en los CP españoles históricos) o de los preceptos equivalentes de los CP de muchos otros países⁴. En cambio, otros autores defienden que tal previsión

¹ ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 252 (señalando incluso que el cumplimiento del deber puede incluirse en el ejercicio del derecho; CÓRDOBA, *Coment CP*, I, 1972, 360; MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/1 ss. (señalando Córdoba y Mir que tanto en el cumplimiento del deber como en el ejercicio del derecho puede distinguirse entre los derivados y los no derivados de un oficio o cargo); CEREZO, *Curso II*, 6.ª, 1998, 290 ss.; DP, PG, 2008, 609 y ss.

² Similar COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 473.

³ Así art. 51 CP ital., art. 14 CP suizo, art. 122-4 CP francés, art. 70 CP belga, arts. 42-43 CP hol., § 35 CP jap. Sobre ello y sobre la regulación en la gran mayoría de los CP iberoamericanos a comienzos de los años 60 cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, IV, 2.ª 1961, 495 y ss., y aunque en muchos países hispanoamericanos hay CP posteriores a los citados en esa obra, la situación es sustancialmente coincidente: Actualmente mencionan expresamente estas eximentes los CP iberoamericanos en su casi totalidad: se recogen todas estas circunstancias en los arts. 34.4 CP arg., 10, 10.º CP chil., 20.7 CP per., 32.3-5 CP col., 65.1 CP venez, 11 I.2 CP boliv, 28 CP urug., 25 CP cub., 24, 3.º CP guat., 24.5) CP hond., 27.1) CP salv., 34.7 CP nicar.; y prevén el cumpl. del deber y ejercicio del derecho el art. 15, VI CP federal mex., el 23 III CP bras., el 25 CP costarr. y el 31 CP panam., y el cumplimiento de orden legítima y deber legal el art. 30, 2.º CP org. integr. ecuat. No las recogen el CP domin. o el CP parag de 1997, éste de influencia alemana.

⁴ P. ej. GROIZARD, *El CP de 1870, concordado y comentado*, I, 2.ª 1902, 318; SILVELA, *El DP estudiado en principios y en la legislación...*, I, 2.ª 1903, 139; II, 2.ª 1903, 160; MAGGIORE, *Principi I*, 1932, 175; QUINTANO, *Curso I*, 1963, 387 s.; BACIGALUPO, *Principios DP*, PG, 3.ª 1994, 154; 5.ª 1998, 274 s.; PÉREZ ALONSO, *CPC 1995*, 623 ss., 649 s., siguiendo a Bacigalupo y destacando que las circunstancias del actual art. 20, 7.º pueden encajar en otras causas de justificación del CP, especialmente en el estado de necesidad (en contra con razón CEREZO, *Curso II*, 6.ª, 1998, 291 n. 6; OLMEDO, en Cobo (dir.), *Coment CP*, II, 1999, 504 y ss.); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª, 2019, 319 («hasta cierto punto, es una declaración superflua»); similar ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 251, que tilda de obvio ese precepto; en el mismo sentido ya SILVELA, DP II, 2.ª 1903, 160, ya decía que había tal claridad y completa justicia en estas causas de justificación que no hacía falta largos desarrollos, pues si hay deber u obligación del oficio o cargo no es posible exigir responsabilidad «por aquello que ni puede excusarse ni puede dejar de cumplirse» y el que

expresa de estas eximentes no es superflua por diversas razones: porque llama la atención sobre su presencia a los jueces⁵, porque pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico, que es más amplio que la ley⁶ y además es coherente y necesaria en un sistema basado en la legalidad⁷, o porque resuelve un conflicto de normas cuando el derecho o el deber se establecen por norma anterior o inferior a la ley penal⁸; o en relación con el ejercicio legítimo del derecho, porque aparte de otros derechos, permite acoger como justificantes los derechos fundamentales y las causas de justificación supralegales⁹.

usa un derecho «a nadie injuria» y no hay en tal ejercicio «ni aun siquiera aspecto o apariencia criminal».

⁵ Así JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado IV*, 2.^a 1961, 490, e insiste en la no inutilidad en 517 ss.; aquí y en 490 ss. con amplias citas de autores de muy diversos países que no consideran superflua la mención legal; en 490 cita en el mismo sentido de la conveniencia advertir al juez de la necesidad de examinar las normas extrapenales de autorización o imposición de deberes a LOGOZ, *Commentaire du Code penal suisse*, II, 1955, 126; asimismo MORALES PRATS, en QUINTERO/MORALES/otros, *Coment CP*, 1996, 187; OLMEDO, en Cobo (dir.), *Coment CP*, II, 1999, 507; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.^a 2016, 25/4.

⁶ Así COBO/VIVES, *PG*, 2.^a 1987, 323; 5.^a, 1999, 471; CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, 117 y ss., 125 y ss.; ROMEO, *EJB*, II, 1995, 2677; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Ejercicio legítimo del cargo*, 1995, 77 y s. (siguiendo a Cobo/Vives); CEREZO, *Curso II*, 6.^a, 1998, 290 y s.; *PG*, 2008, 610 y 609; OLMEDO, en Cobo (dir.), *Coment CP*, II, 1999, 502; QUINTERO, *PG*, 4.^a 2004, 510; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.^a 2016, 25/2-4.

⁷ Así COBO/VIVES, *PG*, 2.^a 1987, 330 n. 2; 5.^a, 1999, 471 n. 3, en contra de la opinión de GROIZARD (cit. en n. 4) manteniendo la innecesidad; similar CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, 125: se cumple la reserva de ley, aunque sea tan solo relativa.

⁸ Cfr. más ampliamente esta posición de MIR, *PG*, 10.^a, 2016, 18/5-7; tb. OLMEDO, en Cobo (dir.), *Coment CP*, II, 1999, 502-504. Sin embargo, como regla absolutamente general el ámbito de estas causas de justificación es más específico y reducido que el del tipo penal al que afectan, pues en el tipo (positivo) encajan todas las conductas con una determinada modalidad de ataque a un bien jurídico (p. ej. en las detenciones todas las privaciones dolosas de libertad ambulatoria mediante encierro o detención), mientras que el cumplimiento del deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo legitiman solo algunos casos de dichas conductas debido a razones especiales (p. ej. los supuestos en que hay deber o derecho de detención según los arts. 490, 492 y 495 LECr). Por tanto, en virtud de la relación de especialidad –y sin necesidad de la remisión expresa del art. 20.7.º CP– la excepción de la norma extrapenal especial no quedará derogada por una posterior ley penal de ámbito general (teniendo en cuenta además que el tipo penal como tipo total de injusto lleva siempre implícita en su seno la excepción de las causas de justificación); a no ser que en algún caso hipotético un nuevo tipo penal quisiera acabar con algo autorizado por un derecho o deber, en cuyo caso la ley penal tendría que derogarlo expresamente (como reconoce MIR, *PG*, 10.^a, 2016, 18/6), o también salvo que se tratara de un nuevo tipo penal cuyo ámbito total, o el de alguna de sus modalidades expresamente incriminada, coincidiera precisamente con el ámbito de lo hasta entonces autorizado por un derecho, oficio o cargo o impuesto por un deber.

⁹ Así se pronuncia MESTRE, *Eximente de ejerc. leg. de un derecho*, 2001, que, tras exponer en 31 y ss. todos los anteriores argumentos de ambas posiciones, aparte de señalar la utilidad a la eximente de ejercicio legítimo del derecho para acoger la práctica deportiva y el ejercicio de derechos reales (56-59), en 61 y ss., 111 y ss., 129 y ss., le atribuye importancia clave para acoger el ejercicio de derechos fundamentales y causas de justificación supralegales, si bien circunscribe éstas a las libertades y derechos fundamentales; lo que no comparto porque por una parte éstas ya tienen reconocimiento en la Constitución, la ley de leyes, y a veces también en regulaciones legales, y porque además son admisibles causas supralegales de justificación no conectadas con derechos constitucionales fundamentales, como el caso claro del riesgo permitido, o como

En mi opinión, efectivamente aunque no se mencionaran expresamente estas eximentes en el art. 20, no habría más remedio que reconocerlas y aplicarlas –como en otros Derechos– por respeto al elemental principio de que lo que está permitido o incluso impuesto como deber por el Derecho en general no puede estar prohibido penalmente. Pero ello no se opone en absoluto a que tal principio jurídico general se pueda reconocer expresamente por el CP, y la consagración expresa de estas causas de justificación en el art. 20,7.º, aparte de contar con su larga tradición desde nuestros Códigos históricos, es útil como recordatorio de su existencia a la praxis, máxime cuando la jurisprudencia a veces defiende como principio que no cabe admitir más eximentes que las legalmente recogidas en la ley; es más, desde esa perspectiva la admisión expresa del ejercicio legítimo del derecho puede servir de cobertura legal formal para admitir causas de justificación supraliberales o por analogía (p.ej. casos de riesgo permitido sin expresa admisión y regulación legal, de inexigibilidad jurídica general, o de adecuación social y jurídica si no se admite ya como causa de atipicidad), apoyándolas en el ejercicio de un derecho basado en principios generales del Derecho o de origen consuetudinario.

3. *Unidad del ordenamiento jurídico y causas de justificación*

La remisión a la totalidad de las normas del Derecho que implica la admisión del ejercicio del derecho, oficio o cargo y del cumplimiento del deber supone según la doc. dom. el reconocimiento en este ámbito por el Derecho penal de la unidad del ordenamiento jurídico. No obstante, parte de la doctrina matiza la común afirmación de la unidad del ordenamiento jurídico en cuanto a la antijuridicidad y la licitud, destacando que, si bien es cierto que las conductas autorizadas en otras ramas del Derecho (por deberes o derechos) no pueden ser antijurídicas en Derecho penal, pues ello sería una insostenible contradicción axiológica e iría en contra de la subsidiariedad y carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, en cambio no es cierto lo contrario, ya que puede haber conductas antijurídicas en otros campos del Derecho que sin embargo desde la perspectiva del

la inexigibilidad jurídica general o como múltiples supuestos de justificación (que no llegue a la atipicidad) por consentimiento válido o por autorización oficial válida pero no reconocidos legalmente o por consentimiento presunto. Defendiendo su utilidad para acoger causas de justificación supraliberales como el riesgo permitido no legalmente regulado, la inexigibilidad jurídica general y la adecuación social y jurídica si no llega a causa de atipicidad LUZÓN PEÑA, PG, 3.º 2016, § 25/4.

Derecho penal se consideren como no antijurídicas o prohibidas penalmente (algunos las consideran incluso penalmente lícitas o justificadas)¹⁰.

Pues bien, efectivamente hay que reconocer la *unidad del ordenamiento jurídico a efectos de autorización o permisión* de conductas¹¹: lo que está reconocido expresamente como derecho o incluso deber de actuación por cualquier rama del Derecho, no puede ser considerado antijurídico por ningún otro sector del ordenamiento y menos aún por el Derecho penal, y no solo por el carácter de *ultima ratio* de éste (sancionando solo los ilícitos más graves), sino de entrada porque sería una inadmisibles contradicción lógica y axiológica considerar nada menos que como ilícito muy grave y por tanto penalmente prohibido lo que otra parte del Derecho autoriza como un derecho o incluso impone como deber; y además todo lo que no esté prohibido por ningún sector del ordenamiento, está permitido por el Derecho en su conjunto.

Por otra parte, la conducta que esté *desaprobada y prohibida por cualquier sector del Derecho* es ciertamente *antijurídica, no permitida, no lícita con carácter general* para todo el ordenamiento jurídico; pero eso no significa que sea además declarada *específicamente antijurídica y prohibida por cada una de las demás ramas del Derecho*. Así p. ej. un ilícito civil no tiene por qué ser simultáneamente además un ilícito administrativo ni un ilícito penal si no encaja en el correspondiente tipo legal de infracción administrativa o de delito; y una conducta que en principio encaja formalmente en un tipo puede estar materialmente cubierta por una causa de exclusión solo de la tipicidad penal –o del ilícito o injusto penal–, no estando por tanto penalmente prohibida, y constituir sin embargo un ilícito extrapenal (civil, administrativo, etc.) menos grave¹². Ahora bien, en esos casos no se puede hablar de conducta lícita o justificada para el Derecho penal. Si no es lo suficientemente grave para ser considerada penalmente antijurídica (penalmente típica, es decir

¹⁰ Argumentan así en relación con la unidad del ordenamiento jurídico, p. ej. ROXIN, AT, 4.^a 2006, § 14/31 y ss.; PG, 2.^a 1997, § 14/30 ss., admitiendo que en algunas conductas antijurídicas extrapenalmente y que encajan en un tipo penal puede haber en el caso concreto ausencia de antijuridicidad y desaprobación penal y admitiendo con ello la existencia de causas de exclusión del injusto penal propuestas por GÜNTHER (Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, *passim*; FS-Spendel, 1992, 189 y ss.; en: Luzón Peña/Mir Puig (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en DP*, 1995, 45 y ss., donde incluso las considera causas de justificación a efectos penales); MIR, PG, 10.^a, 2016, 18/3, llegando a decir: «no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho».

¹¹ Así p. ej. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 31 III 1; ROXIN, AT, 4.^a 2006, § 14/31 y ss.; PG, 2.^a 1997, § 14/30 y ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 25/5.

¹² Cfr. ampliamente mi posición desde LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón/Mir (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en DP*, 1995, 45 y ss.; PG 3.^a, 2016, 20/3, 20/31 y ss.

prohibida bajo amenaza de pena), pero sigue siendo antijurídica –desvalorada y prohibida– para otra rama del Derecho y por tanto también para el Derecho en general, por definición la conducta no es lícita ni justificada; *no hay conductas lícitas o justificadas solo para el Derecho penal*¹³, sino *para todo el ordenamiento jurídico*, y esas son las conductas no prohibidas por ninguna norma jurídica.

4. Naturaleza y fundamento de estas causas de justificación¹⁴

A. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: FUNDAMENTO

Como hemos visto, el ejercicio del derecho, profesión o cargo y el cumplimiento del deber reconocidos en alguna norma de cualquier sector del Derecho suponen, en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico a efectos de autorización o permisión, obviamente conductas autorizadas y por tanto amparadas por causas de justificación. En una graduación de las mismas desde su valoración jurídica, el cumplimiento de un deber, en su caso derivado del cargo u oficio, precede al ejercicio del derecho, en su caso facultad o derecho dimanante de cargo u oficio. En el cumplimiento del deber, la conducta se valora por el Derecho tan positivamente como necesaria que no solo se autoriza, sino que se impone como obligatoria (lo que generalmente va acompañado además de una sanción para su incumplimiento y en cualquier caso implica para el afectado un correlativo *deber de abstención de impedir* el ejercicio del derecho, un deber de soportar la actuación debida si –pero solo si– no puede simplemente eludirla sin resistencia o actividad típica¹⁵, y

¹³ Por consiguiente es equivocada la terminología de algunos que hablan de justificación penal o de causas de justificación penal: así p. ej. CARBONELL, *La justificación penal*, 1982; MESTRE, *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, 2001; GÜNTHER, en: Luzón/Mir (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en DP*, 1995, 45 y ss.: «causas de justificación a efectos penales»; MIR, PG, 10.^a, 2016, 18/3, llegando a decir: «lo lícito para el Derecho penal» no tiene que serlo para todo el Derecho.

¹⁴ La posición que a continuación desarrollo en a) y b) y la graduación de valor y consecuencias de estas causas de justificación la he adelantado ya más brevemente en LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/6 y ss.

¹⁵ Se suele hablar abreviadamente de «deber de soportar (o de tolerancia, de tolerar)», traducción del término *Duldungspflicht*, utilizado por la dogmática penal alemana en este contexto del afectado por el ejercicio las causas de justificación como estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio del derecho o cargo o cumplimiento del deber –así entre otros muchos ya HRUSCHKA, *Strafrecht*, AT, 1.^a 1983/2.^a 1988, 89 y ss., 103 y ss., 148 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT 1997, 237; KÜHL, *Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*, FS-Hirsch, 1999, 259 y ss.–, pero que procede de su Derecho civil, que en su BGB (Cód. Civil) y otras leyes impone múltiples deberes de soportar actuaciones de terceros p. ej. al propietario de una cosa fuente de peligro frente al estado de necesidad defensivo o

ello incluso en los casos en que el cumplimiento del deber excluya sólo el desvalor de la acción y no el del resultado). En el ejercicio del derecho, derivado o no de cargo o profesión, la conducta solamente se autoriza o permite, siendo facultativo para el sujeto realizarla o no; dicha permisión puede basarse, o bien en una valoración jurídica positiva de la conducta autorizada (lo que para el afectado implica un deber de soportarla o tolerarla, salvo que la acción positivamente valorada vaya a producir un desvalor del resultado, caso en que en principio al afectado le cabría estado de necesidad defensivo¹⁶), o también al menos en la

defensa contra cosas del § 228 BGB, a poseedores o propietarios de fincas por razones de vecindad (§§ 905-924 BGB), o a arrendadores medidas necesarias para la conservación de lo arrendado (anterior § 554 BGB y actual ley de 2013 de modificación del Derecho de arrendamientos), etc. En la doc. de habla española el término se comienza a usar sobre todo a partir de SILVA SÁNCHEZ, Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia, en Luzón/Mir (dirs.), Cuestiones actuales teoría del delito, 1999, 155 ss.; Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen, FG-Roxin: GA 2006-5, 382 ss. Sin embargo, aquí y en las siguientes ocasiones en que el texto utiliza esta expresión abreviada hay que hacer la siguiente precisión: esa terminología de «deber de tolerar o soportar» la actuación justificada es incorrecta (ya lo he apuntado más brevemente en LUZÓN, PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 21/19 y n. 1; 3.^a 2016, 22/33 y n. 6, 25/6 y n.1-2; lo destaca tb. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 14/108; PG I, 1997, § 14/105), ya que **realmente el afectado en muchos casos no tiene el deber jurídico de soportar estrictamente la actuación debida o amparada por un derecho, sino que podrá eludirla**, esquivarla sin incurrir en responsabilidad (ya HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, 157, exponía certeramente que no hay un auténtico derecho subjetivo, que presupone enfrente un correlativo deber, en los supuestos de simple poder lícitamente actuar sin que haya enfrente un deber del afectado, y por eso «no existe un derecho subjetivo a ejercer la legítima defensa. El agresor de ningún modo tiene un deber de dejarse matar o mutilar: si para el golpe mortal del defensor, no actúa antijurídicamente»). *Lo que no podrá lícitamente el afectado por la actuación justificada es ofrecer resistencia a la misma ni practicar una forma de elusión que sea penalmente típica* (p. ej. alzamiento de bienes o quebrantamiento de condena), es decir que hay un deber de no impedir el ejercicio del derecho, un «**deber de abstención**» (v. mi PG, 3.^a 2016, 21/19 y n. 1, 22/33 y n. 6, 25/6 y n. 1-2); por tanto **el deber de soportar o tolerar se dará solo cuando no se disponga de una posibilidad atípica de eludir o esquivar** como opción para no soportar tal conducta. Ahora bien, en cualquier caso el afectado no puede hacer frente a la conducta de cumplimiento del deber, ni amparado en legítima defensa (porque no sufre una agresión antijurídica), ni tampoco en estado de necesidad (defensivo), porque sería una contradicción jurídica inadmisibles que el Derecho imponga al agente un deber de intromisión en bienes jurídicos y por otra parte autorizara al afectado a oponerse a esa conducta debida.

Mucho menos se puede admitir, como sostienen algunos, que el deber de soportar o tolerancia por razones de solidaridad sea el fundamento (de la autorización) de muchas causas de justificación, como éstas o el estado de necesidad agresivo o defensivo o la legítima defensa (cfr. ALPACA PÉREZ, Injusto penal y teoría de las normas, tesis Univ. León, 2019, 479 y ss., compartiendo esta posición); el fundamento de las diversas causas de justificación, que hay que concretar en cada una en sus peculiaridades, reposa en la necesidad para el ordenamiento jurídico de cumplir y satisfacer adecuadamente sus misiones o funciones de proteger o salvaguardar intereses jurídicamente valiosos y en la ponderación del valor para el Derecho de tales intereses frente a los que para ello haya que menoscabar, que a veces habrán perdido valor al menos en parte por actuar ilícitamente su titular: cfr. sobre ello más ampliamente LUZÓN PEÑA, El doble fundamento de la leg. defensa, CPC 1977, 3, 101 y ss., 141 y ss.; Aspectos esenciales de la leg. defensa, Barcelona, Bosch, 1978, 79 y ss.; 2.^a, B. Aires-Montev., BdF, 2002, 64 y ss.; PG, 3.^a 2016, 21/2 y ss., 22/27 y ss., 44 y s., 78/85, 121 y s., 137 y ss., 23/4 y ss., 24/10, 25/6 y s.

¹⁶ La acción amparada por ejercicio del derecho no es antijurídica, por lo que no cabe nunca legítima defensa contra ella; y si el derecho no sólo supone una valoración positiva de la conducta,

indiferencia jurídica –la no desvaloración– de la misma: así *v. gr.* en algunos casos de riesgo permitido como en los deportes violentos o las competiciones automovilísticas (casos en que no hay deber de soportar la conducta por el afectado).

El fundamento de estas causas de justificación que autorizan u obligan a la lesión o afectación de algún bien jurídico reside en la *ponderación de intereses*. Pero la justificación se produce no solo, como opina la doc. dom., cuando jurídicamente hay un interés preponderante –por diversas razones materiales que tienen en cuenta las diversas ramas jurídicas– frente a la preservación de un bien jurídico penalmente protegido, lo que fundamentará en los casos de mayor interés la imposición de un deber de intromisión y en otros casos la concesión de un derecho (o de facultades de un oficio o cargo) con valoración positiva de tal intromisión en el bien jurídico, sino que se produce también cuando hay un interés equivalente (y por ello indiferencia jurídica ante la equivalencia de intereses), lo que puede fundamentar el reconocimiento de un derecho a actuar aun sin valoración positiva de tal conducta.

B. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL RESULTADO O SOLO DE LA ACCIÓN

Ahora bien, aunque generalmente la indicada ponderación de intereses supondrá que el ejercicio del derecho, oficio o cargo o el cumpli-

sino que excluye también el desvalor del resultado, tampoco le cabe al afectado oponerse en estado de necesidad, porque no amenaza un «mal» en sentido jurídico (*v. con amplia fundamentación* LUZÓN PEÑA, *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis*, REP 1987-238, 53 y ss. (47 y ss.); *tb. en Luzón, Estudios Pen.*, 1991, 185 y ss. (173 y ss.); *Curso DP*, PG I, 1996, 624; PG, 3.^a 2016, 24/14 y s.). Pero si el derecho justifica solo la acción, pero no el resultado, entonces se va a producir un desvalor del resultado, un mal jurídico y por ello el afectado puede en principio ampararse en estado de necesidad defensivo frente a la fuente del peligro, eso sí, dentro de sus estrictos límites de subsidiariedad (por no poder recurrir a la autoridad o a las vías jurídicas, no poder huir o esquivar), de necesidad abstracta (no poder sacar al agente de su creencia racionalmente fundada pero errónea) y del medio concreto, de proporcionalidad atenuada o de no haber provocado la situación. Ello a no ser que en algún caso exista un precepto legal del que se desprenda que el afectado tiene que soportar la actuación pese a que le vaya a causar un desvalor del resultado; así se puede entender quizás en ese sentido lo dispuesto en el art. 491 LECr, relativo al derecho de detención practicada por un particular, cuando, tras establecer en el art. 490 los casos en que se puede detener, el art. 491 establece: «El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior».

En cambio, frente al cumplimiento del deber, aunque en algún caso suponga solo la justificación de la acción pero subsista el desvalor del resultado (*p. ej. en el deber de detención por la autoridad de un sospechoso de delito que luego resulta inocente*), en ningún caso –lo diga o no una disposición legal– se puede admitir que el afectado se oponga amparado en estado de necesidad defensivo, dado que ello supondría una inadmisibles contradicción jurídica, como se ha indicado en la nota anterior.

miento del deber excluyen tanto el desvalor de la acción como el del resultado o, dicho de otro modo, justifican la acción y el resultado, en algunos supuestos la ponderación específica de intereses da lugar a que jurídicamente se reconozca ese mismo derecho o se imponga incluso un deber de actuación cuando se excluya solo el desvalor –objetivo o subjetivo– de la acción y aunque subsista el desvalor del resultado¹⁷.

Sucede por tanto lo mismo que en el estado de necesidad (falta de desvalor objetivo de la acción) o en el caso fortuito y sus supuestos específicos de error objetivamente invencible de tipo o sobre los presupuestos de causas de justificación (falta de desvalor subjetivo de la acción)¹⁸, solo que aquí la ponderación de intereses específica de la correspondiente situación conduce a la admisión ya del propio ejercicio legítimo del derecho, profesión o cargo o del cumplimiento del deber, igual que cuando concurren los presupuestos objetivos que justifican también el resultado (situación idéntica a la que se da con la «necesidad racional» del medio en la legítima defensa¹⁹).

Como supuestos de esta clase cabe citar: el derecho o deber de detención basada en motivos racionalmente fundados; el derecho fundamental de libertad de información veraz; el ejercicio de la profesión médica conforme a *lex artis*, pero con resultado negativo; la obediencia debida a órdenes antijurídicas pero obligatorias y que produzcan un desvalor del resultado; o el riesgo permitido considerado como ejercicio de un derecho, especialmente en la práctica de los deportes²⁰.

II. Ejercicio legítimo de un derecho. Cuestiones generales

1. Clases y fuentes de los derechos

El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica –que realiza la parte positiva de un tipo– y por tanto la justifica. A los efectos que aquí interesan es irrelevante si se trata de un derecho subjetivo, de una potestad o de una simple facultad (sin que sea preciso entrar en las

¹⁷ Sobre las características de las causas de justificación que excluyen solo el desvalor de la acción v. LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 21/4-7, 19-27, 25/8 y s., 28 y s., 46 y s., 66 y ss., 76 y s., 107.

¹⁸ Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 24/9, 22/15 y ss., 27 y ss.

¹⁹ Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 23/69 y s.

²⁰ Cfr. sobre todos esos supuestos LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/ 28 y s., 46 y s., 118, 120 y ss., 66 y ss., 76 y s., 107.

arduas discusiones sobre caracterización y delimitación de dichas figuras), pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar tal conducta. Ahora bien, aquí no basta con remitirse simplemente al ámbito de lo no regulado o no prohibido, o sea, al principio de que todo lo no prohibido está permitido, puesto que la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida; por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido. La norma que concede o reconoce el derecho puede estar en la legislación (leyes y reglamentos de Derecho interno, Derecho comunitario europeo), en tratados incorporados al Derecho interno o en normas del Derecho de gentes, pero también, aunque excepcionalmente, en el Derecho consuetudinario o incluso en principios generales del Derecho (de estos dos últimos supuestos pueden derivarse p.ej. casos de riesgo permitido, de adecuación social y jurídica o de inexigibilidad jurídica general, que en definitiva se pueden reconducir a ejercicio de derechos).

2. *Ejercicio del derecho existente frente a protección del derecho*²¹: *diferencia con otras causas de justificación; ponderación de intereses*

En el ejercicio del derecho el sujeto se limita a ejercer a hacer uso de facultades que le otorga un derecho existente, sea un derecho real o de crédito en el campo jurídico privado o un derecho subjetivo público, en todo caso un derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico. Se podría pensar por ello que, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa o el estado de necesidad, aquí no hay colisión que resolver con otros intereses jurídicos; pero no es cierto, ya que también en el ejercicio del derecho hay una colisión con los bienes jurídicos tutelados por el tipo correspondiente (si es causa de justificación es porque la conducta es en principio típica, realiza el tipo positivo y por ello afecta a bienes jurídicos), pero lo que ocurre es que de entrada se realiza una ponderación legal o jurídica de los intereses afectados²² y se da jurídicamente prioridad al ejercicio libre, pero también legítimo (dentro de

²¹ Ello anticipado ya, algo más breve, en LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/11.

²² Un detalladísimo y profundo estudio de la ponderación de intereses en los supuestos de ejercicio legítimo del derecho puede verse en UGARTEMENDIA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, *passim* y espec. Cap. 4; tb. MESTRE, *La exigente de ejerc. leg. de un derecho*, 2001, 150 y ss.

sus correspondientes límites) de tales facultades aunque puedan afectar a bienes jurídicos ajenos no preponderantes.

Lo que diferencia al ejercicio del derecho de las otras causas de justificación más importantes, la legítima defensa y el estado de necesidad, es que en éste no hay que proteger el derecho frente a ataques ilegítimos que pretenden negarlo o destruirlo o frente otros peligros para la existencia o integridad del derecho, que es la situación base, respectivamente, de la legítima defensa y del estado de necesidad; en el ejercicio del derecho su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone; uso de facultades que ya está jurídicamente previsto que, dentro de límites, puede afectar o menoscabar bienes jurídicos ajenos. Así el titular de un derecho de servidumbre de paso puede decidir utilizar la facultad de pasar por la finca ajena aunque con ello realice una intromisión en el fundo y pueda molestar a su propietario, y del mismo modo el usufructuario de una cosa mueble o inmueble puede hacer uso de la misma y apropiarse de sus frutos aunque con ello menoscabe y restrinja las normales facultades dominicales. O el ciudadano puede hacer uso de su derecho fundamental a la libertad de expresión opinando negativamente sobre la actuación de una autoridad o cargo público y censurándola duramente, siempre que no se exceda, aunque con ello menoscabe el honor del personaje público; o un periodista puede usar su derecho fundamental de libertad de información veraz sobre las actividades de un personaje público que son de interés para la opinión pública aunque ello menoscabe en parte la intimidad y a veces también el honor y buena fama de ese personaje. O, por último, los padres pueden decidir usar las facultades de su derecho-deber de corrección e imponer un castigo moderado de no dejar salir de casa al hijo a jugar con los amigos por la falta cometida, aunque ello restrinja la libertad de movimientos del menor. En definitiva, en todos estos casos no se consideran preponderantes los intereses o bienes jurídicos afectados por el ejercicio del derecho, siempre que éste guarde los debidos límites, y por eso se autoriza el libre ejercicio de ese derecho.

3. *Legitimidad del ejercicio. Exceso intensivo y extensivo*²³

El art. 20,7.º CP recalca que el ejercicio del derecho ha de ser «legítimo», es decir, la forma de ejercerlo o realizarlo ha de ser conforme

²³ Cfr. ya LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/12 y s.

al Derecho, sus principios y límites (como recuerdan Cobo/Vives, el art. 455 CP destaca que puede haber «realización arbitraria del propio derecho»²⁴). En esta causa de justificación no se detalla expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, ya que los límites serán diversos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho. En ocasiones la norma autoriza expresamente la realización de una o varias conductas a elección y a veces detalla también la forma de su realización; pero en otros casos autoriza de modo más genérico la elección de diversos medios para conseguir un fin permitido y aquí generalmente regirán los límites impuestos por el principio de necesidad (de la actuación lesiva), y a veces se exigirá también un cierto grado de proporcionalidad, adecuación, moderación, etc. En este contexto cabe discutir también la cuestión de si la legitimidad del ejercicio del concreto derecho requiere el correspondiente ánimo o elemento subjetivo de justificación (*v. gr.* finalidad educativa en el derecho de corrección, ánimo de usar y no de abusar en el ejercicio de otros derechos²⁵). El examen de estos requisitos corresponde al estudio de cada derecho en particular.

Cuando la conducta siga manteniéndose dentro de los supuestos en que cabe ejercer el derecho (requisito esencial), pero se rebase los lími-

²⁴ COBO/VIVES, PG, 5.^a, 1999, 473. Del mismo modo, el art. 289 CP (sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural) pone de relieve que dañar, destruir o inutilizar una cosa propia, que en principio no es sino el ejercicio de facultades dominicales, de uso y disposición, se convierte en ejercicio ilegítimo del derecho de propiedad si la cosa es de utilidad social y cultural y se afecta por tanto a intereses comunitarios. Pero además, fuera del CP y con carácter más general (el del tít. preliminar del CC), el art. 7.2 CC prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

²⁵ Como veremos *infra* I.5, no se puede compartir ni la posición que exige un elemento subjetivo de justificación en todas las causas de justificación ni la que lo niega en todas ellas, sino parece más correcto sostener que en principio no se requieren tales elementos subjetivos a no ser que de la regulación de alguna se desprenda lo contrario. Ahora bien, de la regulación del art. 7 CC tras su reforma por el texto articulado del D 31-5-1974 (desarrollando la Ley de Bases de 17-3-1973) se desprende la exigencia de buena fe y buena intención para el ejercicio legítimo de los derechos y que la mala intención, unida a otras circunstancias objetivas, da lugar a abuso del derecho. Ese art. 7 CC dispone: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». De todas maneras, como se ve, para el abuso del derecho no basta con la mala intención, sino que debe ir unida al manifiesto sobrepaso de los límites normales del ejercicio así como al daño para tercero. Y por otra parte, se plantea la cuestión de si este precepto, pese a estar contenido en el Tít. preliminar del CC, relativo a «las normas jurídicas, su aplicación y eficacia», afecta a todos los derechos, incluyendo los constitucionales y los públicos, o si su ámbito de aplicación es más bien el del Derecho privado.

tes –p. ej. de necesidad, proporción o adecuación– impuestos a su ejercicio, éste se convierte en ilegítimo, pero hay un menor injusto, una causa de justificación incompleta (exceso intensivo: eximente incompleta del art. 21,1.ª con la atenuación especial del art. 68 CP); y, como sucede de modo general para las causas de justificación²⁶, esa atenuación se da aunque tal exceso intensivo sea doloso, pero si fuera imprudente (consciente o inconsciente debido a un error vencible), la atenuación de la causa de justificación incompleta de ejercicio del derecho operará sobre la menor pena del tipo imprudente (de existir éste; en caso contrario, habría impunidad para esa conducta imprudente). Cuando el rebasar los límites del ejercicio legítimo suponga salirse ya totalmente fuera del ámbito del derecho, habrá un exceso extensivo y, al no concurrir el requisito esencial, no cabe siquiera eximente incompleta.

4. *Ámbito (tipos de delitos y delimitación respecto de las otras eximentes del art. 20, 7.º). Normas: casos*²⁷

a) El *ámbito de aplicación* del ejercicio legítimo de un derecho es amplísimo y puede abarcar *los más diversos tipos delictivos* cuando el correspondiente derecho autoriza a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los tipos correspondientes. La perspectiva del catálogo tradicional de derechos que se suelen enumerar aquí se amplía si se consideran también los derechos concedidos por la autorización oficial válida y los derechos de actuaciones peligrosas que implica el riesgo permitido, y más aún si se tiene en cuenta también los derechos y facultades del ejercicio legítimo de cargos y de determinadas profesiones.

Así, por citar sólo algunos ejemplos, pueden afectar a la vida o la integridad actividades de riesgo permitido, deportivas de competición, médico-quirúrgicas y sanitarias (riesgos permitidos del ejercicio profesional), de transportes o circulación, etc., que las pueden poner en peligro y a veces acabar lesionando; y si se tienen en cuenta los derechos/deberes de cargos públicos, nuevamente pueden afectar a la vida, integridad y salud actuaciones necesarias de las fuerzas de seguridad o militares, sin olvidar las condenas a muerte y su ejecución en los países donde subsiste la pena de muerte, lo que afortunadamente no sucede en los europeos. La libertad ambulatoria es afectada por el derecho de de-

²⁶ Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 21/31 s., y respecto del exceso en la legítima defensa 22/73 y s.

²⁷ Cfr. sobre esto ya LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/14 y ss.

tención del particular o del funcionario (que a veces puede –no debe– detener momentáneamente para control). La libertad de actuación, la intimidad personal y de efectos propios, documental, domiciliaria o de conversaciones y comunicaciones pueden verse afectadas por múltiples facultades del ejercicio del cargo en la actuación de la justicia o policial. El honor y la intimidad personal o familiar pueden ser perturbados por la libertad de expresión y la de información, pero éstas también pueden perturbar el sistema político y el orden público, especialmente en sistemas no democráticos. La intangibilidad o bienestar físico (ya no la integridad corporal), la libertad y en cierta medida el honor e intimidad del menor pueden ser afectados por el derecho de corrección. Propiedad, posesión y otros derechos patrimoniales sobre muebles o inmuebles pueden ser limitados o restringidos, además de por facultades del ejercicio del cargo llegando incluso a la privación del dominio por vía de embargo o de expropiación forzosa, por otros derechos patrimoniales de los particulares como los derechos reales de gravámenes o de garantía como la prensa o hipoteca o por el derecho de autotutela del acreedor en los sistemas que lo admiten. Los supuestos admisibles de derecho de objeción de conciencia afectarán a diversos bienes jurídicos comunitarios, los intereses públicos en el cumplimiento de deberes de contribuciones o prestaciones personales: para la defensa nacional, para la asistencia sanitaria a la interrupción autorizada del embarazo, para el fisco o la justicia. O los derechos de actuación de particulares concedidos por autorizaciones oficiales válidas pueden igualmente suponer la afectación de diversos bienes jurídicos, especialmente supraindividuales o comunitarios.

b) No obstante, aunque el ejercicio de la profesión y el del cargo pueden consistir en muchas ocasiones, no en cumplir deberes, sino en ejercer derechos y facultades, sin embargo, dado que el art. 20, 7.º menciona explícita y autónomamente el ejercicio legítimo de la profesión y el del cargo, se puede tratar ambos separadamente, y reservar al ejercicio legítimo del derecho el estudio del ejercicio de *derechos no derivados de la profesión o del cargo*²⁸.

²⁸ Así lo hago en LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, tratando en 25/10 y ss., 21-73 el ejercicio del derecho y en detalle el de derechos constitucionales, especialmente libertad de expresión e información, actuación en conciencia y objeción de conciencia, actuación con autorización oficial válida actuación *pro magistratu*, autotutela, derecho de resistencia, derecho de detención del particular, derecho de corrección de padres o educadores, riesgo permitido y adecuación social, sobre todo en los deportes, y posteriormente en 69 ss. el ejercicio legítimo de profesión, secreto profesional, ejercicio de la profesión médica o la de abogado, y en 25/85-95 el ejercicio del cargo, de sus facultades y a veces deberes y en especial la actuación policial.

c) Las *normas que reconocen derechos* al ciudadano que pueden justificar acciones en principio típicas están contenidas en todas las ramas del Derecho²⁹: en la Constitución y leyes constitucionales, derechos fundamentales como la libertad de conciencia, ideológica y religiosa o las libertades de opinión, expresión y de información, de reunión, manifestación, asociación, sindicación, huelga etc., pero también se reconocen derechos ordinarios y facultades de ciertas instituciones. En el Derecho público, en primer lugar el Derecho administrativo, entre otros casos, desarrolla y complementa muchos de los derechos constitucionales citados, regula las facultades que se derivan del ejercicio del cargo para autoridades y funcionarios administrativos o policiales y los derechos para ciudadanos derivados de autorizaciones oficiales válidas; el Derecho procesal p. ej., además de reglamentar las facultades y deberes del ejercicio del cargo en la justicia, a veces desarrollando también las previsiones constitucionales, prevé el derecho de detención por el particular o derechos de negarse a declarar judicialmente o a testificar para ciudadanos o profesionales o funcionarios en determinados casos, evitando así los delitos de desobediencia, denegación de auxilio u omisión de denuncia; del Derecho internacional público así como del derecho militar se derivan múltiples previsiones sobre los derechos (y deberes y prohibiciones) de actuación en casos de conflictos armados no sólo para autoridades y mandos sino para los simples soldados; y el Derecho tributario por su parte reconoce diversos derechos a disminuciones, exenciones o desgravaciones así como a subvenciones fiscales que autorizan elusiones fiscales o beneficios fiscales, limitando así tanto las infracciones como los delitos fiscales. En el Derecho privado, por una parte en el Derecho civil y mercantil existen múltiples derechos patrimoniales, económicos, societarios, en los sectores financieros y en los mercados, etc, que permiten restricciones o intromisiones, a veces típicas, en otros bienes jurídicos; en el Derecho de familia tanto el CC como el derecho consuetudinario reconocen el derecho deber de educación de menores, del que a su vez se deriva el derecho de corrección. O en esa rama jurídica mixta entre el Derecho privado y el público que es el Derecho del trabajo se regulan múltiples derechos de trabajadores, empresarios, intermediarios, agentes sindicales o en el ámbito de la seguridad social, que nuevamente marcan el límite de lo permitido y lo prohibido en los diversos delitos contra derechos de los trabaja-

²⁹ Para un amplio y detallado estudio de las normas fuentes de ejercicio legítimo de derechos cfr. UGARTEMENDIA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, Cap. 2.

dores o contra la seguridad social, en la actividad sindical o en relación con el derecho de huelga.

El estudio y examen en detalle del ejercicio de los diversos derechos dentro de los diversos tipos delictivos corresponde por ello al ámbito de la Parte Especial.

5. *Parte subjetiva: ¿elemento subjetivo de justificación? Creencia errónea pero racional, objetivamente fundada ex ante en la concurrencia de la situación*

A. ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN EN ALGUNOS DERECHOS

La posición más correcta es la que sostiene que la mayoría de las causas de justificación para la ausencia del desvalor de la acción precisan únicamente conocimiento de la situación justificante (pues de lo contrario habría tentativa inidónea) y no requieren como especial elemento subjetivo de justificación el ánimo o finalidad correspondiente que motive precisamente la actuación, a no ser que excepcionalmente ello se desprenda inequívocamente, de modo expreso o tácito, de la propia causa de justificación³⁰.

En la mayoría de supuestos de ejercicio de derechos no se requiere ese específico ánimo como motivación de la conducta, pero hay algunos supuestos que sí lo requieren. Así en el Derecho privado rige el principio de la buena fe, o sea la obligación de actuar de buena fe las partes en el ejercicio de los derechos según el art. 7.1 CC, y según otros múltiples preceptos del CC, en los contratos y en general en las obligaciones y derechos de crédito; y por otra parte el art. 7.2 CC prohíbe expresamente el abuso del derecho; por ello si una parte ejerce su derecho con abuso del derecho, es decir, amparándose formalmente en los límites legales pero movido por la finalidad de causar perjuicio al otro y sobrepasando por eso los límites normales del ejercicio de ese derecho, habrá un ejercicio ilegítimo del correspondiente derecho y, si la actuación era típica, habrá por ello un exceso, que generalmente será intensivo por causarse más perjuicio del estrictamente necesario (causa de justificación incompleta con su atenuación de la responsabilidad penal: arts. 21, 1.^a y 68 CP), pero que puede llegar a ser exceso extensivo si la

³⁰ Así lo he expuesto en otros lugares: LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en Cobo dir., *ComLP*, V, 1985, 251 y ss.; *Curso PG I*, 1996, 579 y ss.; *PG*, 2.^a/3.^a 2012/2016, 21/26 y ss., y a continuación en los correspondientes aps. de los caps. 22-25.

actuación se sale ya por completo del ámbito del correspondiente derecho. Y en el derecho de corrección se desprende implícitamente, pero inequívocamente, de su propio sentido y función que la actuación sancionadora de los padres o tutores ha de estar movida precisamente por *animus corrigendi* o *educandi*, porque si es perceptible que el castigo está guiado por odio, crueldad o en general ánimo de hacer sufrir al menor, no podrá cumplir su función educadora y será por tanto ejercicio ilegítimo de tal derecho³¹.

B. CREENCIA ERRÓNEA PERO RACIONAL, OBJETIVAMENTE FUNDADA EX ANTE EN LA CONCURRENCIA DE LA SITUACIÓN³²

Cuando se da esta situación de error, en la mayoría de los derechos no hay una regulación especial, sino que se aplican las reglas del error objetivamente invencible sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación que como forma específica de caso fortuito y riesgo permitido encajable en el art. 14.1 y de modo genérico en el art. 5 excluye el dolo y toda la imprudencia al estar referida la creencia a algo lícito que no hay deber de evitar, y por ello hay exclusión sólo del desvalor de la acción aunque no del resultado, lo que ya es suficiente para la falta de antijuridicidad³³.

Pero hay algunos derechos en que la ley admite el propio derecho con tal de que se actúe en virtud de una creencia razonable o racional, objetivamente fundada *ex ante* en la concurrencia de los presupuestos del ejercicio de ese derecho aunque *a posteriori* resulte ser errónea tal apreciación, error que por ello será objetivamente invencible. Así sucede en el derecho a la libertad de información veraz *ex ante*, en el derecho de detención del particular –igual que en el deber de detención– basado en motivos racionalmente bastantes de que concurren los presupuestos legales, o, aunque se trata de ejercicio de una profesión, en el ejercicio de la actividad médica o quirúrgica basada en un diagnóstico o pronóstico objetivamente fundado *ex ante* en la *lex artis*, es decir en las exigentes reglas científicas y profesionales conforme a los conocimientos alcanzados en la actividad médica, aunque *ex post* resulten

³¹ Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/60 y ss.

³² Sobre esto ya LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/19 y s.

³³ Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 17/86 y ss., 90 y ss., 22/21, 27 y ss.

equivocados o con resultado desfavorable³⁴. Pues bien, en estos supuestos, cuando se comprueba que es especialmente frecuente la posibilidad de errores objetivamente invencibles al usar un derecho legal y se considera por ello que no es posible ni razonable ejercer el correspondiente derecho sin admitir expresamente la autorización de la actuación en cuanto sea fundada y objetivamente racional la apreciación de que concurren sus presupuestos, la normativa consagra estos supuestos específicos de riesgo permitido dentro del ejercicio del propio derecho como causa de justificación solo de la acción pero equiparada a la causa de justificación con exclusión *ex post* también del desvalor de resultado, esto es, cuando la creencia racional y objetivamente fundada posteriormente resulta acertada y no errónea. Y ello tiene la ventaja de que el ciudadano o el profesional saben desde el principio que están amparados por el ejercicio del derecho con tal de que observen las reglas del juicio razonable, y que así se le comunica también al juez y demás operadores jurídicos para que no haya que entrar en la discusión, como sucede en los casos no especialmente regulados, de si el error objetivamente invencible sobre los presupuestos del ejercicio del derecho excluye ya la antijuridicidad, como sostiene la posición más correcta, o excluye solo la culpabilidad como sostienen otras posiciones.

Hay que destacar que, tanto en los casos especiales de ejercicio del derecho como en los generales de error objetivamente invencible, si un tercero provoca, dolosa o imprudentemente, esa creencia errónea (en los casos indicados la información objetivamente falsa, la detención de un inocente, el error médico), responderá, si el tipo no rechaza esa forma de autoría, como *autor mediato doloso o imprudente* –esto en caso de punición de la imprudencia– del correspondiente delito al haber provocado, con determinación objetiva del hecho *a través del instrumento que obra lícitamente* y actuando el provocador con desvalor de acción, la producción de un desvalor del resultado que realiza la parte objetiva del tipo³⁵.

³⁴ V. LUZÓN PEÑA, PG 3.^a, 2016, 25/22 y ss., 46 y s., 76 y s.; en general sobre las características de las causas de justificación que excluyen solo el desvalor de la acción v 21/4-7, 17-25.

³⁵ Al respecto cfr. ampliamente, trazando el paralelismo con la *actio illicita in causa* para la provocación de la propia situación de colocarse luego en una causa de justificación solo de la acción, LUZÓN PEÑA, «*Actio illicita in causa*» y *provocación en las causas de justificación*, ADPCP 1994-3, 61 y ss.; *Curso PG I*, 1996, 578 y s.; PG 2.^a/3.^a, 2012/2016, 21/23 y s.

LOS ASPECTOS ESENCIALES DEL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN EN CHILE

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
Universidad de Chile

I. Introducción

En el año 1997, nuestro homenajeado escribía acerca de la necesidad de reconocer y dar cuenta del *Programa Penal de la Constitución*, en el sentido de que el derecho penal, su dogmática y conceptos esenciales, como el de delito y la finalidad de las penas, deberían construirse en referencia a la Constitución, como norma fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho¹. Aunque a fines del siglo xx para la dogmática basada exclusivamente en la doctrina alemana este desiderátum parecía extraño, nuestro homenajeado no estaba enfrentando en ese entonces molinos de viento, como el Caballero que se esconde en su aguda y cana barba, sino dando cuenta de una necesidad objetiva desde el punto de vista del derecho positivo en las sociedades democráticas occidentales: si la Constitución, con su sistema de garantías y sus referencias a los Tratados sobre Derechos Humanos es la norma fundamental en esta clase de ordenamientos, es a las reglas y principios que en ella se encuentra y a que ella remite donde deben encontrarse los fundamentos y límites de un sistema de derecho derivado, como lo es el derecho penal. Ello significa que el legislador democrático no es completamente libre para sancionar cualquier conducta, hecho o estado con cualquier consecuencia penal que estime, sino que se encuentra limitado por las normas y principios de la Constitución (democrática), pero no por criterios subjetivos, como las exigencias funcionalistas derivadas de la idea que se tenga de sistema social *à la Jakobs*; de «estructuras lógico-objetivas» *à la*

¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución», en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha* núm. 1 (1987), p. 99.

Welzel; de ideas abstractas e ideales de justicia, como las de Kant y Hegel; o su eficacia instrumental, à la Bentham, etc.

Esta vinculación positiva del derecho penal con la Constitución, que legitima su formación o aceptación democrática, asignándole la función material de garantizar los derechos, bienes e instituciones que en la ella se establecen, con pleno respeto al debido proceso, se puede identificar con la llamada orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el derecho penal o Escuela de Bolonia, originada en los aportes del profesor de dicha Universidad, Franco Bricola². Esta aproximación permite reconocer la existencia del mentado *Programa Penal de la Constitución* como derecho positivo vinculante y de carácter superior, cuyos principios deben servir de guía o marco para determinar la validez, interpretación y aplicación del derecho penal, particularmente en la selección de los bienes jurídicos a proteger (que se limitarían a los constitucionalmente reconocidos), en contraposición a la restricción que ello supone a la libertad personal, valor que se entiende como superior dentro del ordenamiento jurídico³.

En el presente artículo se describen algunas de las consecuencias de asumir el *Programa Penal de la Constitución* como criterio de legitimación del derecho penal en el derecho chileno, a través del respeto de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y debido proceso en el caso chileno, entendiendo que estos efectos, en la medida que su mayoría se encuentran referidos también a los derechos y garantías consagrados en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se mantendrán –al menos en sus mínimos– en cualquier otro nuevo texto constitucional que se apruebe en el actual proceso constituyente⁴.

² DONINI, M., «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales», en *Nuevo Foro Penal* núm. 77 (2011), p. 47.

³ En Chile, la vinculación positiva del derecho penal con los principios de reserva y legalidad fue anticipada por NOVOA, M., *Cuestiones de derecho penal y Criminología*, Santiago, 1987; 25; MERA, J., *Derechos Humanos en el derecho penal chileno*, Santiago, 2005; MATUS, J. P., *La Ley penal y su Interpretación*, Santiago, 1.ª Ed., 1992 (hay 3.ª Ed, Santiago, 2018); y ahora es promovida con fuerza por FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., «El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?», en *Rev. de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 17, núm. 1 (2011); y DURÁN, M., «Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal», en *Política Criminal* 6, núm. 11 (2011). Incluso es reconocida tanto por la doctrina tradicional (v. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. I., Santiago, 1998, p. 65; y CURY, E., *Derecho Penal, Parte General*, T. I, Santiago, 2020, p. 105) como por algunos autores marcadamente funcionalistas (PIÑA, I., *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005, p. 427).

⁴ El texto resume en esta parte el Cap. 2 de nuestro «Manual de Derecho Penal Chileno», Ed. Tirant lo Blanch, Santiago, 2021. Sobre la necesidad y los cambios posibles en este

II. El programa penal de la Constitución chilena: principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y debido proceso como únicos criterios de legitimación del derecho penal

Lo distintivo de las leyes que se consideran como penales o criminales en los diversos ordenamientos jurídicos es que imponen un mal que recae sobre el cuerpo de una persona natural o consiste en la privación de derechos o bienes de una persona natural o jurídica, sin que dicho mal o privación de derechos o bienes esté condicionado a, o consista en la reparación de un daño exigida por un particular; o esté condicionado a, o consista en privaciones y restricciones de derechos aplicadas temporalmente para forzar el cumplimiento de una obligación determinada que cesa con su cumplimiento (Matus/Ramírez, *Fundamentos*, 117). Y ese mal se impone en un proceso público, donde el interés del Estado es preponderante a la hora de institucionalizar los mecanismos de persecución, sanción y ejecución, en el entendido que «cualquier delito, aunque privado, ofende a la sociedad» y por ello el soberano tiene la «necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones» (Beccaria, 42 y 9).

Aceptada la existencia del derecho penal como entidad jurídica positiva, es necesario tratar, siquiera someramente, el problema de su legitimidad política: ¿Corresponde recurrir a esta clase de consecuencias jurídicas para sancionar conductas que importan exclusivamente lesión a intereses personales?, ¿se debe limitar esta clase de sanciones a quien lesiona la libertad, la propiedad o la existencia de las personas?, ¿se puede recurrir a ellas para proteger la existencia de la sociedad y la forma del Estado?, ¿se admite que el derecho penal proteja los intereses de una Iglesia o de ciertas doctrinas morales, castigando el pecado y el vicio?, ¿es admisible para regular el comportamiento económico o conseguir una mejor distribución de la riqueza, proteger determinadas industrias o una forma particular de organización económica del Estado?, ¿se puede torturar al imponer un castigo o para obtener una confesión?, ¿toda forma procedimental es legítima si está legitimada la amenaza de una pena?, etc.

La doctrina penal tradicional, cuyo desarrollo es anterior al de los Estados constitucionales actuales y, además, no se preocupa mayormente

nuevo proceso constituyente, v. DURÁN, M., «Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria», en *Rev. de Ciencias Penales* 42, núm. 3 (2015).

te de los aspectos procesales, suele responder a estas preguntas afirmando que existiría algún criterio de legitimación universal y abstracto, ajeno al derecho positivo, que harían posible esbozar un juicio del estilo «la norma que castiga el hecho X con la pena Y es legítima o ilegítima, porque ese hecho X puede o no puede ser penalmente sancionado, y en caso afirmativo, puede o no imponerse esa pena Y, según los criterios de legitimación W y Z adoptados, respectivamente». Entre dichos criterios se mencionan el de la protección de bienes jurídicos, normas de cultura, valores éticos sociales, la vigencia de la norma social, o la promoción de ciertos valores políticos o morales. De este modo, la pena aparece como respuesta «justa» o «necesaria» para castigar o prevenir esas conductas, según los criterios de justificación que se adopten. Esta es la llamada «presunción del castigo»⁵. Lamentablemente, como el desarrollo histórico demuestra, no solo no es claro que la pena sea la única respuesta ante tales conductas, sino que la búsqueda o aceptación de los criterios que las definen como merecedoras de penas, ajenos a la existencia de una sociedad democrática, no ha pasado de ser una racionalización de las preferencias subjetivas de quienes los afirman en un momento y lugar dados para sostener la legitimidad de un ordenamiento concreto, incluyendo los de la dictadura nacionalsocialista en Alemania, entre 1933 y 1945, las latinoamericanas de la década de 1970, el derecho penal monárquico, el revolucionario, etc.

Aquí se adopta, en cambio, un punto de partida normativo de derecho positivo –en el sentido de basado en la Constitución como norma fundamental y superior del derecho positivo vigente y las leyes dictadas en su conformidad–, e históricamente condicionado a la existencia de nuestra actual sociedad democrática, inmersa en una comunidad de naciones que acepta como único criterio legitimador del ejercicio de la soberanía nacional el respeto de los derechos y garantías contemplados en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes. En dichos tratados se contemplan disposiciones jurídicas que hacen inútil cuestionarse, a nivel de derecho positivo, sobre la bondad o conveniencia política de su adopción o sobre su compatibilidad o no con determinadas doctrinas morales o políticas. En este cuerpo normativo las principales propuestas de Beccaria –revolucionarias a fines del siglo XVIII– son parte de las bases jurídicas de los Estados que adhieren a él y lo hacen parte de su ordenamiento constitucional: el principio de

⁵ LORCA, R., «La presunción de castigo. Una revisión crítica de sus orígenes en el pensamiento de la modernidad temprana», en *En Letra: Derecho Penal* 5, núm. 8 (2019), p. 179.

legalidad, la finalidad preventiva de las penas, la proporcionalidad entre delitos y penas, la reducción del empleo de la pena de muerte y la prohibición de la tortura⁶. Y, lo más relevante, desde el punto de vista normativo, para su interpretación y aplicación en los tribunales locales, es «la imposibilidad de desconocerlos o modificarlos unilateralmente», según lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de os Tratados⁷.

Desde este punto de vista, se concibe al derecho penal como uno de los instrumentos de que dispone el Estado para servir a las personas y promover el bien común, creando «las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías» que la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile establecen (arts. 1 y 5 CPR). Luego, para nosotros, la legitimidad o validez de una disposición penal y su aplicación al caso concreto proviene exclusivamente de su conformidad con la Constitución en tres aspectos fundamentales: i) debe ser establecida o estar reconocida democráticamente, de conformidad con las exigencias formales y materiales que la propia Constitución establece (principios de legalidad y culpabilidad); ii) debe ser idónea para la protección de bienes, derechos, garantías e instituciones constitucionalmente reconocidas y la pena dispuesta orientada a la reintegración social del condenado, de manera que pueda salvar la barrera del test de proporcionalidad constitucional, tanto en su formulación al limitar con la amenaza penal otros derechos y garantías como en la naturaleza de las penas que establece (principio de proporcionalidad o reserva); y iii) su aplicación a un caso concreto y la consecuente imposición de una pena, solo será legítima si también el proceso en que materialmente se impone es conforme con las garantías y derechos constitucionales (principio del debido proceso). Desde nuestra perspectiva, además, estos requisitos de legitimidad no constituyen un conjunto de principios más o menos abstractos para enarbolar como crítica externa al derecho vigente, sino los fundamentos de las acciones constitucionales existentes para su alegación en el derecho positivo: recursos de amparo (art. 21 CPR), nulidad (art. 373 a) CPP), inaplicabilidad e inconstitucionalidad (art. 93 núms. 6 y 7 CPR).

⁶ ETCHEBERRY, A., «Introducción», en Matus, J. P. (Dir.), *Beccaria, 250 años después*, Buenos Aires, 2011, p. 10.

⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A., *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Santiago, 2006, p. 31.

El principio de legalidad legitima positiva y normativamente la forma de creación y aplicación del derecho penal, subordinando las decisiones del legislador democrático a los límites que establece el art. 19 núms. 3 incs. 7, 8 y 9 CPR: «La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal»; «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado» y «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella» (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). De allí se deriva el principio de legalidad, como garantía formal, en el sentido de que solo por ley aprobada por el Congreso Nacional se puede establecer delitos y a ella deben someterse los tribunales, el Ministerio Público y la doctrina penal en una sociedad democrática, respetuosa de la separación de poderes y ajena a las experiencias históricas de manipulación del sistema legal en beneficio de una clase, doctrina moral, política o ideología determinadas⁸. Como garantía material, el principio de legalidad exige que dichas leyes describan expresamente las conductas que sancionan, no puedan tener efectos perjudiciales retroactivamente, o sancionar estados personales o meros pensamientos no expresados, ni meros movimientos corporales o hechos sin vinculación a la subjetividad del agente (principio de culpabilidad). Estos principios permiten validar no solo la creación de las leyes penales, sino también las propuestas de interpretación que de ellas se hagan, en la medida que sean conformes a la Constitución y los principios que reconoce.

El principio de proporcionalidad o reserva legitima positivamente el poder de creación del legislador y de interpretación aplicación de las leyes, subordinándolo a la protección de bienes, derechos, garantías e instituciones constitucionalmente reconocidas; y también, negativamente, al subordinarlo al respeto a los derechos y garantías constitucionales y a las contempladas en los Tratados de derechos Humanos vigentes, pues como señala el art. 19 núm. 26 CPR, la Carta Magna garantiza a todas las personas, «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio». De allí se derivan limitaciones fundadas en el principio de proporcionalidad y la garantía de que las penas han de tener una finalidad de reintegración social y las subsecuen-

⁸ POLITOFF, S. «Justicia y fascismo», en *Araucaria de Chile* 3 (1978).

tes prohibiciones específicas de imponerlas como apremios ilegítimos, tratamientos forzados, sobre la base de un mero incumplimiento contractual y de la confiscación como pena que afecta a terceros.

A este respecto, para nosotros no es posible restringir la función del derecho penal a la exclusiva protección del catálogo de derechos constitucionalmente reconocidos, pues el texto de la Carta Fundamental lo desmiente categóricamente, al reconocer en su texto, p. ej., delitos tales como el terrorismo, la prevaricación y la corrupción⁹. Pero sí es posible afirmar que la legitimidad (validez), interpretación y aplicación del derecho penal depende, positiva y negativamente, de su correspondencia con los principios constitucionales de legalidad, reserva y debido proceso. Y sostener que por esa dependencia es posible controlar la aplicación e interpretación de las leyes penales no solo por los tribunales ordinarios, sino también por el TC, a pesar de las dificultades, contradicciones y decepciones que ello ha supuesto en la práctica¹⁰.

Además, atendido que el art. 5 CPR limita la soberanía estatal obligando a los órganos del Estado a respetar el contenido de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados no solo por la Constitución, sino también por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, las limitaciones de los principios de legalidad, reserva y debido proceso deben entenderse referidas también al contenido de dichos tratados. De particular importancia en este aspecto es la CADH, a cuyo órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de derechos Humanos, se le ha concedido la autoridad de interpretación obligatoria y sus decisiones se han estimado por nuestros tribunales de obligatorio cumplimiento¹¹.

⁹ Se descarta en este lugar, por el mandato constitucional, que la única función legítima del derecho penal sea la protección de los derechos fundamentales, y preferentemente los de carácter individual (como proponía originalmente BRICOLA, F., «Teoría Generale del Reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1973, p. 16). Esta variante del constitucionalismo que aquí se rechaza no solo no puede sustentarse en nuestro Texto Fundamental, sino también es contraria a la existencia del llamado Derecho Penal Transnacional, reconocido en múltiples tratados de nivel normativo semejante a los de Derechos Humanos y que impone obligaciones de sancionar penalmente conductas que, p. ej., dicen relación con la protección de los sistemas económicos o la prohibición del consumo de ciertas drogas, cuya reconducción directa a la protección de derechos fundamentales no siempre parece sencilla.

¹⁰ DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, 2.ª Ed., Madrid, 2013, p. 253, y FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., «Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos», en *del mismo* (Coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*. IV Jornadas nacionales de derecho penal y ciencias penales en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, Santiago, 2008, p. 341.

¹¹ «Corte Suprema 3.10.2016», en *Rev. de Ciencias Penales* 44, núm. 1 (2016), p. 87, con nota aprobatoria de F. GÓMEZ.

De este modo, el derecho penal no se presenta como una «restricción de derechos», cuya existencia absoluta sea anterior al derecho positivo, sino como un instrumento legítimo para lograr los fines constitucionales, en la medida que su empleo sea democráticamente acordado, con pleno respeto de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y debido proceso.

Ello no significa, sin embargo, que a partir de finalidad de protección de derechos fundamentales se puedan derivar supuestas obligaciones de establecer determinados delitos, de carácter absoluto y sin sujeción a la deliberación democrática y a dichos principios de legalidad, reserva y del debido proceso. Este parece ser el caso de las pretensiones de algunas organizaciones internacionales y locales que abogan por la protección penal de determinados intereses que asocian al ejercicio o desarrollo de ciertos derechos fundamentales, de manera absoluta y preferente. A nuestro juicio, no hay razón lógica que justifique este predicamento, pues de la existencia de finalidades constitucionales legítimas no se deriva que el único instrumento para alcanzarlas sea el derecho penal, a menos que estemos ante regulaciones internacionales y constitucionales expresas (como las que se refieren al terrorismo y su sanción penal). La crítica liberal, según la cual este procedimiento supone una «inversión» de la función limitadora del derecho penal que se atribuye a la Constitución tiene aquí razón¹².

Finalmente, la garantía del debido proceso se expresa en el art. 19 núm. 3 CPR, cuando establece el derecho a la defensa letrada (inc. 4), el del juez natural (inc. 5) y la garantía de que toda sentencia «debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado», que cuente con «las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos». Esas garantías, por remisión del art. 5 inc. 2 CPR se encuentran explicitadas en los arts. 14 PIDCP y 8 CADH, y entre ellas se cuentan el derecho a conocer los cargos, presentar pruebas de descargos, recurrir de los fallos desfavorables, etc. La infracción de estas garantías puede acarrear la exclusión de pruebas (art. 276 CPP) o la nulidad del juicio (art. 373 a) CPP), con total independencia de la responsabilidad que sobre los hechos que se trate tenga el imputado. En la práctica, las ga-

¹² BASCUÑÁN, A. «Derechos fundamentales y derecho penal», en *Rev. de Estudios de la Justicia*, núm. 9 (2007), p. 51; y MAÑALICH, J. P., «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?», en *Rev. Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, p. 245. Más críticamente, D. Pastor caracteriza esta tendencia como «neopunitivismo» y le atribuye el desprestigio de la noción de Derechos Humanos («La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», en *Nueva Doctrina Penal 2005/A*).

rantías del debido proceso irradian otras, como la de la libertad personal (art. 19 núm. 7 CPR) y la de la inviolabilidad de la morada y las comunicaciones privadas (art. 19 núm. 5), cuya infracción también puede producir el efecto de declarar ilegal una detención (art. 95 CPP) y excluir los medios de pruebas que así se hayan obtenido (art. 276 CPP).

Pero también se incurre en una desviación de las finalidades y principios constitucionalmente reconocidos cuando, por su sola necesidad de protección se admite la legitimidad de disposiciones que infringen los principios de legalidad, reserva o debido proceso. Esto es lo que, lamentablemente, ocurrió entre nosotros cuando el TC enarbó principios tales como la seguridad de la paz social o el interés preferente del menor para declarar conformes a la Constitución el establecimiento del delito de hurto de energía eléctrica por un DFL y no por una ley propiamente tal, así como el castigo discriminatorio de la homosexualidad masculina en el delito de sodomía del art. 365, infringiéndose los principios de legalidad y reserva, respectivamente¹³.

No obstante, frente a estas dificultades, explicables sin duda por el carácter político del debate sobre el contenido de la legislación y su control, habrá que convenir en el hecho de que, aún así, la perspectiva constitucional, mediante el empleo de las acciones constitucionales que existen en el derecho positivo está en mejor pie para discutir la legitimidad y validez de ciertas actuaciones estatales en la creación y aplicación de las normas penales que la perspectiva tradicional¹⁴.

La doctrina penal dominante, básicamente debido a su tradición histórica, previa y por tanto alejada del proceso de constitucionalización del derecho en el cambio de siglo, ha procurado determinar la legitimidad del derecho penal, entendido como ejercicio del poder punitivo o *ius puniendi*, a partir de diferentes criterios (retribución, prevención general, prevención especial y todas las variantes de cada una de estas formulaciones básicas), aparentemente ajenos al régimen político en que se vive y con pretensión de universalidad.

Con carácter general, sin embargo, estas doctrinas con pretensión de validez universal y ajenas a los fundamentos constitucionales de una sociedad democrática moderna deben rechazarse, pues como lo de-

¹³ FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., «Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales», en *Nuevo Foro Penal*, 85 (2015), p. 92.

¹⁴ No obstante, existe doctrina moderna en contra de esta opinión, quienes afirman que ninguna de estas dos perspectivas puede superar la barrera de la ineludible discusión política subyacente en la decisión de criminalizar o no un determinado hecho (WILENMANN, J., «Control institucional de decisiones legislativas político-criminales», en *Rev. Estudios Constitucionales* 15, núm. 2 (2017), p. 427).

muestra la experiencia histórica en Alemania, ellas bien pueden llevar al extremo de considerar materialmente legítimo el derecho penal de una dictadura tan atroz como la nacionalsocialista (1933-1945), por compartir y considerar válidos sus fundamentos ideológicos, como sostuvo la inmensa mayoría de la doctrina penal alemana de la época¹⁵. Por otra parte, todas ellas comparten la idea *ius naturalista* de que es posible determinar la existencia de hechos que deben calificarse como delito sin atención al proceso democrático (*mala in se*) y otros que, provenientes del mismo, deben rechazarse por carecer de similar fundamento (*mala quia prohibita*), propia del derecho común previo a la codificación y que, de manera relevante, subsiste en el *common law* y parece encontrarse en el fondo de las discusiones que –provenientes de la tradición filosófica angloamericana– recurren a ideas morales para fundamentar del derecho penal, sea a través del descubrimiento de una verdad universal o de alcanzar un consenso social que no necesitaría ser expresado legalmente, sino, a lo sumo, declarado por la ley¹⁶.

III. Función de las penas y prevención especial positiva como única finalidad constitucionalmente reconocida de las penas privativas de libertad

III.1 Función normativa de las penas. La prevención especial positiva

En sentido estrictamente normativo una pena es la «consecuencia jurídica que se impone a una persona que ha cometido un delito»¹⁷. Por tanto, la primera función de las penas es calificar un hecho determinado como delito, pues solo los delitos las contemplan como consecuencias jurídicas.

En consecuencia, como los delitos, solo son legítimas las penas establecidas con estricta sujeción al principio de legalidad, respetando los principios de proporcionalidad, culpabilidad y el debido proceso.

En cuanto a su naturaleza, la Constitución y los tratados internacionales reconocen diferentes clases de penas, cuya imposición resulta, por

¹⁵ RÜPING, H., «Nationalsozialismus und Strafrecht», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 36 (2007), p. 1009.

¹⁶ WOLFE, N., «*Mala in se*, a disappearing doctrine?», en *Criminology* 19 (2006).

¹⁷ ORTIZ QUIROGA, L., y ARÉVALO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago, 2013, p. 17.

ello, legítima en principio: i) inhabilidades para ejercer cargos públicos; la enseñanza; explotar o dirigir medios de comunicación y ser dirigente de organizaciones políticas o gremiales (art. 9 CPR, en relación con los delitos terroristas); ii) pérdida de la nacionalidad, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados (art. 11, núm. 2 CPR); iii) pérdida de la calidad de ciudadano, en casos de delitos castigados con penas aflictivas, esto es, privativas de libertad de más de tres años de duración (art. 17 núm. 3 CPR); iv) pena de muerte, en caso de aprobarse por ley de quórum calificado (art. 19 núm. 1 inc. 3); e) restricción de la libertad personal [art. 19 núm. 7.b) CPR]; v) privación de libertad personal en lugares públicos [art. 19 núm. 7 b) y d) CPR]; vi) incomunicación con personas ajenas al establecimiento [art. 19 núm. 7.d) CPR]; h) comiso [art. 19 núm. 7.g) CPR]; vii) confiscación de bienes de sociedades ilícitas [art. 19 núm. 7 g) CPR]; viii) pérdida de derechos patrimoniales (multas), excepto la de los derechos previsionales [art. 19 núm. 7.h) CPR]; y ix) trabajos forzados acompañados de prisión [art. 8.3.b) PIDCP y 6.3.a) CAHD]. En el sistema penal de adultos, las penas que se pueden imponer se encuentran precisadas, con carácter general, en el art. 21 CP y en la Ley 18.216, sobre penas sustitutivas. Además, para los adolescentes y las personas jurídicas existen sistemas sancionatorios específicos, contemplados en las Leyes 20.084 y 20.393, respectivamente.

Sin embargo, la privación de derechos y la imposición de multas también pueden ser consecuencias jurídicas previstas por la legislación para ser impuestas por los órganos de la administración del Estado y no como consecuencia jurídica de un delito. Por ello es preciso destacar que cuando hablamos de derecho penal, hoy en día hablamos principalmente de leyes que amenazan con penas privativas de libertad, las que «constituyen prácticas ampliamente aceptadas como legítimas por la comunidad internacional» y son «un elemento común a casi todos los sistemas penales»¹⁸. Ello es coincidente con lo expresado por nuestro TC en el sentido de que lo propiamente penal son las privaciones de libertad con carácter sancionatorio, esto es, las que no están destinadas al cumplimiento de una obligación que requiere la presencia del privado de libertad, como los apremios para comparecer en juicio, de

¹⁸ RODLEY, N. S., *Informe sobre la cuestión de los derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y, en particular: la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, E/CN.4/1997/7, Naciones Unidas, 1997, p. 6.

manera que solo una disposición legal de carácter penal podría imponer penas privativas de libertad¹⁹.

Pero no basta que las penas estén establecidas legalmente para ser constitucionalmente legítimas: los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos obligan a orientar su ejecución hacia la prevención especial positiva. Así, mientras el art. 10.3 PIDCP establece que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados», el art. 5.6 CADH dispone que «las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados». Ello no solo importa la necesidad de proveer sustituciones de las penas privativas de libertad por otras sanciones que favorezcan la reintegración social (Ley 18.216), sino también contar con régimen penitenciario que prepare al condenado para la libertad mediante una «acción educativa necesaria para la reinserción social» (art. 1 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), contemple la reducción de condenas por buena conducta y un régimen progresivo de salidas previas hasta su libertad condicional (DL 321), excluyendo del sistema aquellas penas que pudieran producir por sí mismas efectos desintegradores o dificultaren gravemente la reinserción social.

Luego, en nuestro sistema constitucional, para ser legítima toda pena privativa de libertad ha de tener como finalidad la prevención especial positiva, esto es, ofrecer tratamientos de reintegración social a los condenados, que permitan disminuir los efectos desocializadores de la privación de libertad y faciliten su reinserción al término de la condena, reduciendo la probabilidad de reincidencia. Se trata de una orientación en que la resocialización no se entiende «como imposición de un determinado esquema de valores u orden social, sino como la creación de las bases para la autorrealización o autodesarrollo libre del individuo o, al menos, como la remoción de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización»²⁰.

Contra esta constatación normativa de orden superior no vale el argumento de que la función resocializadora no sería posible frente a «los delincuentes de cuello blanco, quienes se alzan en armas contra el gobierno legítimo sin conseguir su propósito de derrocarlo, o el sujeto

¹⁹ Tribunal Constitucional 21.10.2010, Rol 1518.

²⁰ DURÁN, M., «Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido desde la prevención especial», en *Rev. Fundamentación Jurídica Dikaion* 24, núm. 2 (2015), p. 298.

de una infidelidad diplomática o el juez que en un tribunal supremo admite una dádiva», los que no requerirían resocialización²¹. En efecto, tales personas, si bien no se encuentran limitadas psicológica o socialmente, sí pueden presentar rasgos de personalidad, hábitos, destrezas, cargos, profesiones y relaciones que hagan más probable su reincidencia y a los cuales deba apuntar un programa de reintegración social para evitarla. Esta función de resocialización de las penas concretamente impuestas, entendida como oferta de oportunidades para la autorrealización fuera del delito, es incluso aceptada como legítima por alguna parte de la doctrina que defiende ideas más bien retribucionista sobre la legitimidad de su imposición²².

Siendo la resocialización la finalidad legítima de las penas privativas de libertad, su sustitución por otras restrictivas de libertad y derechos, como las contempladas en la Ley 18.216 (*probation*), es también legítima, en la medida que dicha sustitución se encuentre orientada a la reintegración social del condenado. Lo mismo vale para las salidas al exterior y otros beneficios durante la ejecución de la pena privativa de libertad, la reducción de la duración y su cumplimiento en libertad (*parole*). Pero el principio de resocialización exige también «la adopción de medidas que van más allá de la ejecución de la pena, por ejemplo, el término del sistema de antecedentes penales y otros que impliquen efectos estigmatizantes y discriminadores»²³.

Otra consecuencia de la exigencia normativa de que las penas privativas de libertad tengan como finalidad la reintegración social del condenado, es que las penas perpetuas que no contemplen mecanismos de libertad condicional o similares que permitan su revisión, deben considerarse inconstitucionales. En Alemania y España, donde también rige el PIDCP, así lo ha declarado su jurisprudencia constitucional²⁴. Entre nosotros, las penas privativas de libertad perpetuas, aún en su forma más grave (presidio perpetuo calificado, art.32 bis), al permitir ciertas formas de revisión jurisdiccional para conceder la libertad condicional del condenado parecen encontrarse en el límite de lo admisi-

²¹ RIVACOBA, M., *La retribución penal*, Santiago, 1995, p. 143.

²² Así, p. ej., se afirma «que las reglas que determinen el destino de los penados en el sistema chileno deben tener por sentido posibilitar el aprendizaje o la opción moral de los penados de alejarse de una carrera criminal» (VALENZUELA, J., «La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena», *Rev. de Derecho (Valdivia)* 23, núm. 1 (2010), p. 266)

²³ DURÁN, M., «Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena», en *Rev. Estudios Criminológicos y Penitenciarios VIII*, núm. 13, 2008, p. 71.

²⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional de Alemania de 21.6.1977, Rol 14/76, y del Tribunal constitucional de España de 30.3.2000, Rol 91/2000.

ble, aunque son discutibles las limitaciones sobre la base de un tiempo fijo de cumplimiento de pena (20 o 40 años, según los casos) o la naturaleza de los delitos cometidos²⁵. De *lege ferenda*, la doctrina nacional rechaza de plano las penas perpetuas, estimando alrededor de 15 años el tiempo máximo de privación de libertad para que pueda cumplirse la función resocializadora²⁶.

No obstante, siendo la orientación a la prevención especial positiva o reintegración social una finalidad material y normativamente reconocida de las penas privativas de libertad, no es exigible en cuanto a sus resultados sino en su establecimiento, imposición y formas de ejecución, pues lograr la efectiva reintegración de un condenado, esto es, conseguir su retraimiento de la actividad criminal tras el cumplimiento de la pena, depende de muchos factores sociales e individuales que los encargados del sistema penitenciario no están en condiciones de controlar o modificar. Con todo, se debe dejar constancia del avance de las ciencias conductuales en esta materia, que ha dejado de lado el pesimismo de los años 1970²⁷, para dar paso a un moderado optimismo en las posibilidades de la reintegración social mediante tratamientos y modificaciones conductuales voluntarias y efectivas²⁸. Entre ellos se encuentran, p. ej., experiencias de rehabilitación y reducción efectivas de la reincidencia mediante programas de meditación trascendental, cuya eficacia ha sido demostrada incluso en internos de cárceles de alta seguridad, como el penal de Folsom en Estados Unidos²⁹. Otros programas respaldados con la evidencia son los tribunales de tratamiento de drogas, los basados en el paradigma riesgo-necesidad-respuesta, los de distanciamiento y inserción al momento del egreso, etc.³⁰.

²⁵ CÚNEO, S., «Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras», en *Política Criminal* 11, núm. 21 (2016), p. 2.

²⁶ ETCHEBERRY, A., «Cambios necesarios en la función y enfoque de las penas privativas de libertad», en Rodríguez L., A. (Ed.), *Algunas visiones del derecho penal hoy*, Santiago, 2014, pp. 113 y 121.

²⁷ Cuyo epítome es el eslogan del *nothing works*, extraído como conclusión del texto de MARTINSON, R., «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», en *Public Interest* 35 (1974), p. 22.

²⁸ DROPELMANN, C., «Elementos claves en la rehabilitación y inserción de infractores de ley en Chile», en *Conceptos (Fundación Paz Ciudadana)*, núm. 14 (2010), p. 3.

²⁹ RAINFORTH, M., ALEXANDER, CH., y CAVANAUGH, K., «Effects of the Transcendental Meditation Program on Recidivism Among Former Inmates of Folsom Prison», en *Journal of Offender Rehabilitation* 36, núm. 1-4 (2003), p. 181. Una visión comparada de estos efectos positivos de la meditación trascendental, incluyendo experiencias chilenas, puede verse en MARÍN, H., «Conciencia y rehabilitación», en Verdugo, M. y Hernández, D. (Dirs.), en *Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica. Derecho Penal*. T. II, Santiago, 2011, p. 145.

³⁰ LIPSEY, M., y CULLEN, F., «The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews», en *Annual Review of Law Social Sciences* 3 (2007), p. 297. Advierten los

III.2 *Funciones empíricas de las penas privativas de libertad: prevención especial negativa (aseguramiento), prevención general (disuasión) y cohesión social (prevención general social). Su limitación por la finalidad de prevención especial positiva*

Cuando los tratados y la Constitución admiten como legítimas las penas privativas de libertad orientadas hacia la reintegración social de los condenados, admiten también los eventuales efectos empíricamente contrastables de dicha privación de libertad: el aseguramiento del condenado (prevención especial negativa) y la disuasión de terceros (prevención general). El aseguramiento, que puede fundamentarse filosóficamente en el argumento de la persistencia de los estados de las cosas mientras no se produzca un cambio real³¹, es la exclusión de los condenados de la vida social por un tiempo determinado, impidiéndoles o dificultándoles la reiteración delictiva³². Y la disuasión de terceros es el resultado de la combinación de las probabilidades de aprehensión y condena y la gravedad de las penas en el comportamiento general de la población³³.

Por otra parte, los estudios conductuales han demostrado que la imposición de penas privativas de libertad apropiadas no solo disuade, sino también mantiene el comportamiento cooperativo³⁴. Esta constatación empírica ha llevado incluso a la formulación de un criterio de legitimación del sistema penal diferente a los tradicionales: la prevención general social³⁵.

Sin embargo, todas las consecuencias empíricas de las sanciones son eventuales, pues su efectiva imposición y la forma concreta en que ello se hace depende de los recursos destinados tanto al sistema de persecución criminal como al penitenciario. Un sistema penitenciario cuya organización no evite la comisión de delitos al o desde el interior de los recintos carcelarios, no solo impide la reintegración social, sino que genera un efecto menor de aseguramiento y una mayor desintegra-

autores que, lamentablemente, en la práctica anglosajona predominan sistemas de supervisión y sanción sin ofrecer tratamientos conocidamente resocializadores.

³¹ DESCARTES, R., *Meditaciones metafísicas. Primera meditación*, Trad. V. Peña, Madrid, 1977, p. 9.

³² LEVITT, S., «The Effect of Prison Population Zise on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation», en *Quarterly Journal of Economics* 111, núm. 2 (1996), p. 319.

³³ BECKER, G. «Crime and Punishment: An Economic Approach», en *Journal of Political Economy* 76 (1968), p. 204.

³⁴ BALLIET, D., MULDER, L. y LANGE, P., «Reward, Punishment, and Cooperation: A Meta-analysis», en *Psychological Bulletin* 137, núm. 4 (2011), p. 600.

³⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, 2017, p. 62.

ción, al incorporar a los internos a redes y organizaciones criminales, como sucede en buena parte de las cárceles latinoamericanas³⁶. Y un sistema de persecución penal con una baja probabilidad de condena por los delitos que conoce (o que asegura una pena desproporcionadamente baja en comparación con la ganancia que reporta el delito) no disuade y puede hasta considerarse un factor que induce a la actividad criminal³⁷. Finalmente, un sistema que permite a muchos *free riders* salir permanentemente con la suya, produce desazón social y la pérdida de respeto por la ley, a pesar de que algunos pocos sean efectivamente sancionados³⁸.

Por otra parte, el aseguramiento, la disuasión y la integración social como efectos empíricos de la imposición de penas privativas de libertad, no se legitiman por sí mismos, sino que su legitimidad proviene de la de éstas: una pena que solo asegure al condenado sin ofrecer tratamientos o formas de ejecución orientadas a su resocialización o que consista en su aseguramiento a través de su incapacitación corporal, no será legítima. Y tampoco será legítima la disuasión o la cohesión social intentadas sancionando con penas que no estén orientadas a la reintegración social.

³⁶ DUDLEY, S., y BARGENT, J., «El dilema de las prisiones: incubadoras del crimen organizado en Latinoamérica», en *InSight Crime* (2017), p. 4.

³⁷ BENTHAM, J., *Teoría de las Penas y de las Recompensas*, T. I, Trad. R. SALAS, de la ed. francesa de E. Dumont, Paris, 1826, p. 26.

³⁸ SHILLER, R., y AKERLOF, G., *Animal Spirits: Cómo influye la psicología humana en la economía*, Kindle, 2009, p. 906.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*

ÓMAR A. MEJÍA PATIÑO**
Universidad del Tolima, Colombia

I. Consideraciones previas

Uno de los logros y legados más importantes de los llamados Estados liberales una vez culminada la Revolución francesa es el principio de legalidad. Este se convirtió en un punto de referencia fundamental para el establecimiento y la aplicación de sanciones, en lo cual convergen casi todos los países europeos y latinoamericanos. En este sentido, es claro que las naciones no podían ser ajenas a los beneficios de tan significativos fundamentos en la lucha por la consagración constitucional de derechos. Teniendo en cuenta dicha filosofía, en los ordenamientos jurídicos español y colombiano el principio de legalidad ha sido consagrado e interpretado como un pilar básico del sistema constitucional y una de las expresiones que soportan e inspiran el Estado de derecho.

Como dice Montiel (2012, p. 83), la legalidad es una pauta axial de todo el derecho y está conectada esencialmente con la división de po-

* El presente trabajo es un resumen de los trabajos que sobre los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador se han venido realizando desde el año 2004, cuando empecé mi estancia doctoral en el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, dirigido por el maestro Luis Arroyo Zapatero. El estudio de la problemática del derecho administrativo sancionador dentro del derecho penal económico es una de las líneas que se fortalecieron durante mucho tiempo en España, teniendo en cuenta los trabajos que se desarrollaron por los profesores e investigadores del Instituto. El trabajo publicado en 1983 sobre el principio de legalidad del ordenamiento jurídico sancionador, como la mayoría de los trabajos de derecho penal económico, se constituye en un referente importante de la doctrina penal europea y latinoamericana, así como ha influenciado notoriamente al legislador, a los tribunales Constitucional y Supremo españoles, y a sus homólogos en Latinoamérica. En las exposiciones que se realizarán puede verse no solo la vigencia de las reflexiones que realiza el profesor Luis Arroyo, inspirado en la constitución española de 1978, sino también su importancia para la interpretación de los límites del *ius puniendi* del Estado.

** Profesor de la Universidad del Tolima. Doctor de la Universidad de Castilla-La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.

deres y el principio democrático. Desde esa perspectiva, es una característica del Estado de derecho y, como lo expone García Rivas (2002, p. 1), el principio de legalidad es un reacción contra el absolutismo en la aplicación del derecho que imperaba antes de la Revolución francesa. Para hacerle frente a la concentración del poder de los jueces y a la arbitrariedad que de ella emanaba, en el Estado liberal –producto de la Revolución francesa– se consagró la división de poderes del Estado, que tenía como principio superior el imperio de la ley.

De esta manera nace el principio de legalidad, entendido como la ausencia de delito y pena sin una ley que los establezca y que, además, debe ser previa, escrita y cierta. Solamente la nación, representada por el poder legislativo, podía designar las conductas punibles y establecer las penas correspondientes. Se entiende así que el principio de legalidad garantiza al ciudadano la legitimidad y la seguridad sobre las consecuencias de sus conductas frente a la potestad punitiva del Estado (Navarro Cardoso, 2001, p. 27).

En un sentido similar, Huerta (2000, p. 15) explica que en su origen el principio de legalidad presenta un marcado significado revolucionario frente a los excesos de poder cometidos en el contexto de las monarquías absolutas. Su reconocimiento final coincide con el trascendental paso del Estado absoluto al Estado liberal de derecho. Además, su contenido no se agota en una simple función de garantía de la seguridad jurídica representada por la exigencia de predeterminación normativa de la esfera de lo punible. Esto se debe a que incluye una función de garantía de la libertad de los ciudadanos al condicionar taxativamente el catálogo de los delitos y de las penas a la decisión de una instancia democráticamente constituida (el poder legislativo) que, como representante de la soberanía ciudadana, actúe como freno ante los posibles abusos de los poderes ejecutivo y judicial.

Actualmente, en cada ordenamiento jurídico las garantías que se desprenden del principio de legalidad no solo pretenden la protección de derechos considerados individualmente, pues también buscan la materialización de los fines que procuran la satisfacción del interés colectivo. Justamente, el cumplimiento de todas estas tareas por parte del Estado tiene como corolario garantizar la libertad del individuo.

Especialmente, en lo que tiene que ver con la configuración del *ius puniendi* del Estado, estructurado en sus dos vertientes sancionadoras, tampoco los fines del Estado se apartan de esa aspiración. Y es que el Estado debe girar en torno a la consagración de mecanismos que aseguren el máximo de garantías que haga viable la libertad del individuo, así

como el afianzamiento de los instrumentos democráticos de materialización del derecho previstos constitucionalmente.

Efectivamente, el principio de legalidad es un imperativo limitador que, para la actividad sancionadora, indica que las conductas a reprimir deben venir precedidas de una ley que tiene que establecer el contenido de la sanción a imponer. Esto es llamado por la doctrina y la jurisprudencia *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En consecuencia, este postulado es el que determina el sometimiento exigido al poder público, el cual viene como presupuesto de la fórmula inspiradora del Estado de derecho para todo el ordenamiento jurídico con el fin de consolidar el imperio de la ley (Suay, 2001, p. 8)¹.

Como lo advierte Maljar (2004, p. 195), el contenido del principio tiene como objetivo político concreto garantizar la libertad individual contra los actos de la autoridades que conlleven un abuso o un arbitrario discrecionalismo del poder político. Por consiguiente, por muy reprochable que sea en el orden social, moral y ético, toda conducta no adquiere significado infractor hasta que quede ordenada normativamente como sancionable penal o administrativamente, hasta no reflejarse en una disposición que, recogiendo el reproche social que produce, así se determine.

Si bien es cierto que las finalidades del principio de legalidad han sido las mismas para casi todos los sistemas jurídicos que han adoptado de los ilustrados franceses la tridivisión de poderes, existen otros modelos (como el colombiano) que conciben al poder como único e indivisible dentro del Estado manifestado a través de ramas y órganos. Esta concepción no cambia la estructura del *ius puniendi* y la filosofía del principio; por el contrario, permite que exista una sola fuente de la cual emanan potestades sancionadoras penales y administrativas, así como un mayor control de la legalidad en el ejercicio de ellas por parte de cada una de las ramas u órganos. Sin embargo, por los caracteres que tiene cada sistema constitucional es fácil encontrar materializaciones diversas del principio de legalidad, extraídas de los principios generales del Estado, los derechos fundamentales, los tratados internacionales, y de las mismas finalidades y funciones de las entidades estatales.

¹ En efecto, en cuanto al principio de legalidad, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que este circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, «de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes» (sentencia T-072, 2008, 31 de enero).

Por ejemplo, Arroyo Zapatero (1983, pp. 9-10) expresa que en España la declaración realizada en el artículo 25.1 de la Constitución no coincide con el contenido que otorga la doctrina penal española y extranjera a dicho principio. Lo anterior obedece a que los elementos que se extraen del mismo son mucho más amplios y se expresan a través de subprincipios tomados de la interpretación que del postulado se hace, de otras disposiciones de la misma Constitución, de los principios que la inspiran y de los tratados internacionales que tienen como finalidad procurar recoger de ellos todas las garantías posibles (p. 11).

En este orden de ideas, las concreciones del precepto serían la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas; la proscripción de la costumbre como fuente del derecho penal; la prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la determinación, certeza, taxatividad de las normas penales; la prohibición del *ne bis in idem*; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal. No obstante, otra forma de expresar la organización de principios es la diseñada especialmente por la doctrina, la cual agrupa las garantías (la garantía criminal o *nullum crimen sine lege*, la garantía penal o *nulla poena sine lege*, la garantía jurisdiccional o *nulla poena sine iudicium* y la garantía de ejecución o *nulla poena sine iudicium*) en subprincipios (Garberí Llobregat, 1989, pp. 72-73).

Finalmente, es necesario advertir que en ordenamientos jurídicos como el español la utilización del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador ha venido precedida de la definición de este último como derecho penal administrativo, según la doctrina clásica alemana, o su aceptación como potestad sancionadora derivada de la penal. En efecto, como lo exponen Pérez Nieto y Baeza Díaz-Portales (2008, pp. 45-46), la constitución española despejó las dudas sobre el camino que se debía seguir respecto del principio de legalidad penal y sancionador del art. 25.1, el cual se debe a la tradición del derecho penal iniciada por Feuerbach y del Estado de derecho. Así, a partir de 1978 los intérpretes acudirán primero al derecho penal cuando indaguen sobre la legalidad que ha de presidir también la actividad sancionadora de la administración. Con ello se derrumba «la cláusula» de policía como fundamento genérico para sancionar cualquier clase de transgresión de las normas de la Administración.

II. **Excursus. Problemática utilización de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador**

Como se ha advertido en otras ocasiones, una constante preocupación en períodos de cambio, especialmente cuando se trata del paso de regímenes totalitarios a sistemas democráticos, es el tratar de limitar el poder gubernativo y, a través de ese objetivo, garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos. De hecho, la construcción de las constituciones contemporáneas ha tenido una concepción mayoritariamente inclinada, por razones ideológicas o utilitarias, a afianzar tales finalidades. En ese marco, casi la totalidad de los Estados que basan su régimen jurídico y democrático en los valores y principios provenientes del Estado de derecho tienen establecida la estructura tripartita del poder, cuyo origen remite a la Revolución francesa². En este sentido, la división de potestades se estructura en forma independiente, pero con colaboración recíproca para la consecución real y eficaz del bienestar general, como lo indica Mejía Patiño (2013, p. 19).

Ahora bien, la estructura de una Carta fundamental en un Estado de derecho debe señalar, además de la división o unidad del poder, competencias precisas para cada uno de sus órganos. En ellos las facultades sancionadoras deben estar acompañadas de expresos principios que las orientan, junto con aquellos que limitan la actividad administrativa que se desarrolla. Las disposiciones constitucionales, es decir, aquellas que conforman el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones, las que confieren facultades y limitan su ejercicio, constituyen un marco general de protección de la libertad. Como en todo Estado de derecho, debe existir un ordenamiento jurídico que dé garantía al sometimiento del ejercicio del poder a la ley y con el cual, además, se pueda solicitar amparo en caso de incumplimiento de las disposiciones constitucionales.

Como consecuencia, a través de la doctrina y la jurisprudencia en la mayoría de Estados europeos (de forma especial, también en Colombia) se ha configurado el *ius puniendi* del Estado como un poder manifestado en dos potestades, correspondientes cada una al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. En España, por ejemplo, esto ha acontecido con una estructura del *ius puniendi* basada en la identi-

² La Constitución colombiana de 1886 desde su reforma de 1936 y ahora la Constitución Política de Colombia, especialmente en su artículo 113, establece la unidad del poder manifestado en ramas, lo cual es fundamental para la concepción de la naturaleza de las potestades sancionadoras que de él emanan.

dad entre infracciones y sanciones penales y administrativas, de modo que se otorga identidad sustancial a los dos órdenes y a sus consecuencias jurídicas. Así mismo, se establece una unidad de principios y garantías, así como se hace prevalecer la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo, entre sus principales características. En esta perspectiva, desde comienzos del siglo xx se han hecho palpables (especialmente en Europa) líneas de pensamiento con las que se ha concebido de manera distinta la naturaleza jurídica de las potestades sancionadoras de la administración (Mattes, 1979).

Con dichas posturas doctrinales, se ha defendido la identidad entre los diferentes ilícitos (los penales y los administrativos) y el mantenimiento o la devolución a los órganos judiciales de las facultades que son atribuidas a la administración (García de Enterría, 1994). La doctrina mayoritaria española antes de la democracia estuvo marcadamente posicionada con el anterior pensamiento alemán. Así, justificando la llamada hipertrofia de las sanciones administrativas y el excesivo rigor de los poderes gubernativos que imponían sanciones de plano, se configuró un sistema sancionador para los órganos administrativos basado en planteamientos denominados «garantistas».

En efecto, la configuración de un ordenamiento sancionador administrativo como el señalado tiene origen en la situación en la que se encontraban las potestades administrativas con anterioridad a la Constitución española de 1978. En esa época la Administración contaba con amplias facultades sancionadoras que, por fuera de un marco jurídico mínimo, imponían sanciones sin tener en cuenta garantías materiales y procedimentales básicas. Igualmente, la desconfianza que se tenía en las instituciones con facultades sancionadoras hizo que, interpretando la Constitución, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia diseñaran un *ius puniendi* estatal en el que se hace prevalecer el garantismo del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, el cual, si bien es cierto que se encuentra reconocido, tiene un carácter secundario (Pemán Gavín, 2000, p. 23).

En contra de la posición anterior, otra línea de pensamiento realista que cada día crece más en el ordenamiento español y que es mayoritaria en Colombia propone la configuración de una nueva teoría del *ius puniendi*. Según esta, no se tiene al derecho administrativo sancionador subordinado al derecho penal y construido exclusivamente con los materiales de este. En tal sentido, se considera que tarde o temprano el derecho administrativo sancionador adquirirá sustantividad propia y terminará administrativizado. Se defiende así la teoría que propone el

diseño de un árbol de cuyo tronco se desprenda tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador, teniendo como raíz el derecho público estatal (Nieto García, 2005, p. 568).

III. Fundamentos del principio de legalidad

A partir de lo anterior, para comprender el alcance que puede tener el principio de legalidad es importante tener en cuenta cuáles son sus fundamentos.

1. Fundamento democrático-representativo

Dos postulados básicos resultantes de las revoluciones y fundamentales para los Estados liberales son el principio de división de poderes y el principio de representación (Espín Templado, 1996, p. 32). Cada uno de ellos tiene una significación especial, a partir de la cual han evolucionado los Estados. Por esta razón, hoy ya no se discute que de ahí se ha perfeccionado la fórmula de Estado social y democrático de derecho, utilizada por casi todas las democracias modernas (Pena-gos, 2004, pp. 75-84)³.

Asegurar funciones propias, autónomas e independientes para cada uno de los poderes que configuran cada Estado son los objetivos del primer postulado. Sin dejar de tener relación con lo anterior, el principio de representación pretende la garantía de los derechos del ciudadano frente al poder del Estado (Quintero, 2005, p. 68). Así, solo la función legislativa como expresión de la voluntad general y expidiendo leyes puede satisfacer los objetivos del ordenamiento, al que se le exige la determinación de las conductas constitutivas de delito y las sanciones a imponer.

El fundamento democrático representativo tiene origen en la desconfianza entre los poderes públicos, convirtiéndose en un instrumento de lucha contra la arbitrariedad que imperaba en el antiguo régimen, en el cual se imponían penas contrariando la ley si era preciso (De Vicente Martínez, 2004, p. 29). En definitiva, la naturaleza del fundamento y su finalidad apuntan a dotar de garantías a los ciudadanos que tienen un

³ De hecho, la cláusula del Estado social de derecho ya no es una simple declaración, sino un verdadero enunciado jurídico de obligatoria e inmediata aplicación.

órgano representante, democráticamente elegido, encargado de expedir las leyes en las que se definen previamente los delitos y las penas, sin que estas se dejen a la libre disposición de los jueces o al mismo ejecutivo. Dichas garantías, cuya máxima expresión es la reserva de ley, comprenden la prohibición de definir delitos con efectos retroactivos de aplicación analógica de las leyes y de realizar una interpretación extensiva de estas (Arroyo Zapatero, 1983, p. 13).

Así, Silva Sánchez (2006, p. 1) señala que el principio de legalidad tiene actualmente la finalidad de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial, procurando interpretaciones judiciales legítimas estables. Por un lado, se exige del legislador una dimensión de legitimidad de democracia; por otro lado, se reclama para los jueces una dimensión favorecedora de la estabilidad en las interpretaciones, es decir, la máxima taxatividad posible. En esta medida, los parámetros dados por la democracia exigen, en primer lugar, la vertiente de representación y deliberación pública, la producción de mayorías parlamentarias; en segundo lugar, una vertiente de adecuación a principios y derechos fundamentales, esto es, democracia constitucional.

Actualmente, especialmente respecto a los límites a la potestad sancionadora estatal, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado el principio de legalidad a partir del artículo 29 de la Constitución, interpretándolo como una expresión democrática, tendiente a someter el poder público a la voluntad colectiva concretada a través de la ley. Al respecto, la Corte expresa que la consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho.

Por una parte, con el principio de división de poderes, en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad, como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y la definición de las leyes que han de regir a la comunidad. De otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado, al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como orientador para el uso de las facultades, tanto para legislar (definir lo permitido y lo prohibido) como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja. La razón de ello es la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad (Sentencia C-710, 2001, 5 de julio).

De la misma forma, el Tribunal Constitucional de España mantiene una posición en la que se acepta el fundamento democrático representativo. En efecto, en la jurisprudencia se coincide al sostener que el cumplimiento del mandato del art. 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica. Ello impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales. Asimismo, es necesario que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho (Sentencia 105, 1988, 8 de junio; Sentencia 113, 2002, 9 de mayo; Sentencia 25, 2004, 26 de febrero).

2. *Fundamento político-criminal*

Siguiendo la construcción de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, como se cita en Falcón y Falcón (2005, pp. 186-188), este fundamento tiene en cuenta el sentido material de la función de las normas. Así, la amenaza incluida en una ley con anterioridad a la realización del comportamiento delictivo puede producir los resultados esperados, esto es, la motivación sobre la colectividad (García, 2004, p. 69).

De acuerdo con Silva Sánchez (2006, p. 1), la exigencia de legalidad requiere que el juez se vincule a la letra de la ley y a las disposiciones axiológicas constitucionales, lo que permitiría, en consecuencia, la legitimación democrática de las sentencias. De esta forma, las normas deben ser totalmente razonables para sus destinatarios, sin que de la aplicación de ellas se pueda apreciar un apartamiento de su tenor literal, la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el sistema constitucional o por el uso de criterios de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica (Sentencia 142, 1999, 22 de julio).

A partir de los anteriores razonamientos, se derivan las garantías de irretroactividad de los efectos de la ley y el principio de determinación. Ellos conducen a la seguridad jurídica en un Estado de derecho en el que la sociedad actúa motivada por el conocimiento previo de las normas, en un marco de confianza y de certeza sobre las mismas.

En este escenario, en relación con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica por cuanto se permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben –o al menos tienen la posibilidad de saber– que aquello que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (Penagos, 2004, p. 311).

Como también lo establece la Corte Constitucional de Colombia, el principio de legalidad tiene como finalidad la salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, la cual hace parte de las garantías del debido proceso dado que permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables tanto en materia penal como administrativa. Este principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa, así como asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado (Sentencia C-124, 2003, 18 de febrero). Todo ello permite que los ciudadanos conozcan previamente las conductas prohibidas y reprimidas por el ordenamiento jurídico, así como las penas o sanciones aplicables en caso de incurrir en conductas prohibidas por la ley.

En cambio, como lo explica Arroyo Zapatero (1983, p. 15) en el derecho español, el fundamento político-criminal permite comprobar que de los argumentos político-representativos no se extraen los principios que se derivan de él. Ello es posible solamente con que la restricción punitiva de la libertad se verifique por una decisión del legislador. Además, la garantía de la representación popular no se vulnera con una ley retroactiva, por lo cual no existe una prohibición genérica de retroactividad de las leyes. Lo mismo sucede con la taxatividad, que no encuentra respuesta en el principio político-representativo por el establecimiento, en determinados casos, de cláusulas generales o elementos constitutivos de la conducta típica indeterminados y determinables por otras instancias.

3. *Fundamento protector del ciudadano*

Como ya se ha expuesto, desde la concepción del Estado democrático, fundamentado por los dos principios del Estado liberal atrás señalados, la esencia del principio de legalidad y sus finalidades es la protección del individuo frente al poder estatal. Efectivamente, las ga-

rantías provenientes del principio deben tener como primer objetivo al ciudadano y la salvaguarda de sus derechos fundamentales, limitando mediante ley la acción de las autoridades.

De acuerdo con Maljar (2004, p. 196), el principio garantiza el estricto sometimiento a la ley, limitando todo margen de arbitrariedad y la seguridad jurídica del ciudadano, permitiéndole programar sus comportamientos sin temor a posibles sanciones por actos no tipificados previamente.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional colombiana viene declarando que el principio de legalidad otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer Sumado a lo anterior, exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas por ser una competencia privativa del Legislador. Además, constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa, así como asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado (Sentencia C-030, 2012, 1º de febrero).

En efecto, los anteriores corolarios del principio de legalidad hacen que la Administración tenga subordinadas todas sus actuaciones a la ley, de modo tal que solo puede realizar todo aquello que le está expresamente autorizado. Como ya se ha mencionado, las actuaciones administrativas tienen como finalidad procurar el interés general y la salvaguarda de los derechos individuales, de manera que actuar contrario a esos objetivos permite poner en marcha los mecanismos de control que tiene establecidos la Constitución. Por esta razón, las actuaciones administrativas se deben ejercer con estricta sujeción a los postulados constitucionales, que prevén para ello un control encaminado precisamente a garantizar los derechos ciudadanos (Ayala Caldas, 2002, p. 423).

Ahora bien, acatando el ordenamiento jurídico, el poder sancionador del Estado debe estar orientado por el principio de intervención mínima. Dicho principio quiere decir que, en garantía de la libertad del individuo y su expansión máxima, el establecimiento de normas retroactivas, cuando ellas favorezcan al reo, la analogía *in bonam partem* y la prohibición de imponer más de una sanción, debe hacerse consultando ese interés fundamental. En consecuencia, dicha interpretación no debe entenderse como una vulneración de las garantías propias del principio de legalidad ni de su contenido básico.

IV. Contenido del principio de legalidad

La jurisprudencia de los altos tribunales de justicia y la doctrina en general coinciden en declarar que en la regla *nullum crimen nulla poena sine lege* se incorporan, como contenido básico del principio de legalidad, todos los subprincipios, tanto para el derecho penal como para el derecho administrativo sancionador (Orts Berenguer y González Cussac, 2004, pp. 57-59). Efectivamente, incluso los sectores tradicionalmente encontrados asumen las implicaciones de la regla, de tal forma que para el derecho administrativo sancionador reconocen las exigencias de una ley formal (*lex scripta*) que sea previa (*lex previa*) y que tenga un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), o, lo que es lo mismo, las garantías de reserva de ley, tipicidad, irretroactividad, así como de taxatividad o determinación (Suay, 2001, p. 10; Nieto García, 2005, p. 214; García de Enterría, 1976, p. 411).

En esta línea de sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, el derecho fundamental de legalidad incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, lo cual refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas reguladoras de dichas sanciones (Zaffaroni, 2002, p. 106)⁴.

En el sistema colombiano, la Corte Constitucional ha señalado que para el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad está integrado por dos principios: el de reserva legal y el de tipicidad (Sentencia C-099, 2003, 11 de febrero). También ha declarado que el principio de legalidad está integrado por tres elementos esenciales: *la lex praevia*, *la lex scripta* y *la lex certa*. *La lex praevia* exige que la conducta y la sanción antecedan en el tiempo a la comisión de la infracción; dicho de otra manera, que estén previamente señaladas. *La lex scripta* en materia de *ius puniendi* significa que los aspectos esencia-

⁴ En igual sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional de España 42 (1987, de 7 de abril), 61 (1990, de 29 de marzo), 113 (2002, de 9 de mayo) y 25 (2004, de 26 de febrero).

les de la conducta y de la sanción estén contenidos en la ley. Y *la lex certa* alude a que tanto la conducta como la sanción deben ser determinadas de forma que no hayan ambigüedades (Sentencia C-853, 2005, 17 de agosto).

V. Principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador español y colombiano

Hasta el momento se ha dejado claro que, pese a su precaria regulación constitucional, el derecho administrativo sancionador cuenta con todas las garantías exigidas por el Estado social de derecho. Por el contrario, en el derecho colombiano la situación es diferente dado que, pese a que el derecho administrativo sancionador no tiene un expreso postulado constitucional, el principio de legalidad sí aparece expresamente consagrado en el artículo 29 de la Carta, dentro de las garantías propias del debido proceso. Además, el principio de legalidad se origina en la propia concepción que se tiene de la sumisión del poder público al orden jurídico, que es consustancial al Estado de derecho y que proviene del art. 1° de la Constitución Política. Dicho significado rige las actuaciones de las autoridades públicas tanto administrativas como judiciales, constituyendo así una de las principales garantías del particular frente al Estado, lo cual irradia todo el texto constitucional⁵.

Por ejemplo, el artículo 4.º se consagra que «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Así mismo, el artículo 6.º estatuye que «los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

El artículo 121 señala que «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»; el artículo 122 dispone que «no habrá empleo público que no ten-

⁵ Merece recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia expresa que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». Así mismo, encuentra sustento en instrumentos internacionales ratificados por Colombia tales como la *Declaración universal de los derechos del hombre* (arts. 9, 10, 11) o el *Pacto de derechos civiles y políticos* (arts. 9-3-4, 14 y 15).

ga funciones detalladas en ley o reglamento»; el 123 consagra el deber de los servidores públicos de ejercer «sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento», y el artículo 209 lo consagra como uno de los principios orientadores de la función administrativa.

No obstante lo anterior, la pregunta que se hace es si las mismas consideraciones realizadas en cuanto al principio de legalidad en relación con el derecho penal deben ser tenidas en cuenta como fundamentos válidos en la utilización de las mismas garantías por el derecho administrativo sancionador (Sempere, 2001, p. 85).

Al respecto, sobre la vigencia del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, Nieto Martín (1996, p.67-74) afirma que la connotación que tiene dicho postulado en la variante administrativa sancionadora del *ius puniendi* del Estado es diferente a la que se presenta en el derecho penal. Las razones que lo explican son las matizaciones que se establecen al principio, que vienen dadas por la identidad cualitativa entre los ilícitos penales y administrativos, y cuyo origen es la doble argumentación que se encuentra para someter la actividad sancionadora administrativa a la máxima *nullum crimen sine lege*.

Lo anterior hace parte de los argumentos que se exponen para explicar la vigencia del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador. Uno de ellos lo considera como constitutivo de una exigencia más de la garantía de legalidad de las actuaciones administrativas, lo que implica que la Administración debe actuar no solo sometida a los parámetros legales, sino también con posterioridad a la ley. Así, se trata de un control ex ante de la actividad sancionadora de la Administración. Otra corriente mantiene la identidad ontológica entre sanciones penales y administrativas, para justificar la aplicación de las garantías del principio de legalidad del derecho penal al derecho administrativo sancionador.

Según lo que ya se ha expuesto, no se puede perder de vista el camino recorrido por la doctrina y la jurisprudencia en la aceptación de la aplicación de los principios garantizadores al doble orden sancionador; es decir, a las variantes del *ius puniendi* del Estado. Tanto para el derecho administrativo sancionador español como para el colombiano dicha utilización debe hacerse con matices, como claramente lo tiene establecido la jurisprudencia de dichos sistemas jurídicos.

En efecto, según lo que se ha explicado, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el colombiano la evolución del *ius puniendi* demuestra la disimilitud entre los dos órdenes sancionadores que lo componen (el derecho penal y el derecho administrativo sancionador),

al igual que las diferencias en cuanto a los bienes jurídicos protegidos y su diversa finalidad. Lo anterior implica que ya no se puede seguir sosteniendo la identidad sustancial entre uno y otro, así como el origen en el derecho penal de los principios y las garantías que deben ser aplicadas en la práctica administrativa sancionadora.

En primer lugar, de esta manera se confirma que, desde su reconocimiento constitucional, el derecho administrativo sancionador se ha venido adecuando a las exigencias que plantea el Estado social de derecho. Como es lógico, para ello se parte del sometimiento de la Administración a la ley con todas sus consecuencias, respetando las garantías en sus actuaciones cuando están en juego los derechos ciudadanos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, como manifestación del *ius puniendi* único del Estado, el derecho administrativo sancionador tiene que ser adaptado a las necesidades de la práctica repressiva. De la misma forma, hay que aceptar que los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes deben tener en cuenta el desarrollo que históricamente el derecho penal ha realizado a los principios y a las garantías, de manera que este es un reconocimiento que debe hacerse a las ciencias penales. Sin embargo, al no haber una política legislativa orientada al desarrollo de los principios constitucionales en favor de quien se encuentre sometido a un procedimiento administrativo sancionador, se hace obligatorio por vía jurisprudencial hacer derivar directamente de la Constitución las mencionadas garantías (Nieto Martín, 1996, p.184-185; García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2000, p. 163; Parada, 1982).

En el derecho colombiano ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha estructurado el ordenamiento sancionador general. Así, ha establecido que el *ius puniendi* único del Estado tiene dos vertientes sancionadoras claramente diferenciadas: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Con base en lo dicho, se reconoce que el derecho disciplinario hace parte de las potestades sancionadoras otorgadas a la administración y reitera el principio de legalidad como uno de los corolarios del debido proceso. En este sentido, la Corte declara que el principio de legalidad, reconocido en varias disposiciones constitucionales, exige que la conducta a sancionar, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición deben estar expresa y claramente definidos por la ley con carácter previo a la aplicación e imposición de estas medidas.

De ahí que este principio comprende una doble garantía: «la primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es

necesario que existan preceptos jurídicos anteriores que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración» (Sentencia C-030, 2012, 1 de febrero).

Además, teniendo en cuenta los diferentes regímenes establecidos por el sistema sancionador administrativo, se reconocen sus particularidades así como sus respectivas consecuencias jurídicas. Con ello se acepta la aplicación con matices del principio de legalidad y del desarrollo que sobre las demás garantías del derecho penal son utilizadas por el derecho administrativo sancionador⁶. En consecuencia, todas las concreciones del principio que se han señalado en forma general, de las cuales se apropia el derecho penal, son compartidas con el derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, se aclara que el hecho de que ellas coincidan no quiere decir que se acepte su identidad sustancial; por el contrario, se insiste en sus diferencias derivadas directamente de la Constitución, lo cual se ve reflejado en la materialización del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, que es diferente a la que se presenta en el derecho penal. Es más, las mismas garantías plantean unas consecuencias diversas para el derecho administrativo sancionador (Nieto Martín, 1996, pp. 67-68). Esta es la base de los problemas que han originado las corrientes doctrinarias que se han analizado y que en la práctica tienen una respuesta correspondiente con la postura que se quiera defender.

Dichas cuestiones también han sido explicadas por Nieto García (2005, p. 213), quien, partiendo de la base de que el principio de legalidad no aparece reconocido completamente en el artículo 25 de la Constitución española sino en ciertos corolarios del mismo, señala que

⁶ Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, «Entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores, existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no solo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial –como los servidores públicos– o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal» (Sentencia C-827, 2001, de 8 de agosto).

la construcción que se haga de la garantía en el derecho administrativo sancionador no puede coincidir con lo que al respecto se hace en el derecho penal y el derecho administrativo. Por ello, no puede tenerse el principio de legalidad para el derecho administrativo sancionador en su significado genérico y específico, pues que cada uno de ellos tiene una expresión diferente en su aplicación, sin dejar de lado que la construcción que se haga en los dos órdenes sancionadores cumple con la exigencia del principio en el Estado de derecho.

Al respecto, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010, p. 128) manifiestan que, a pesar de la opinión generalizada que sostiene que hoy el principio de legalidad es más estricto en el derecho penal que en el derecho administrativo sancionador, desde una perspectiva teórica y práctica dicha situación no es aceptable. Únicamente son admisibles algunos matices como la reserva de ley orgánica en el caso de las leyes penales y la posibilidad de utilizar el decreto-ley, o el decreto legislativo, para las normas sancionadoras administrativas.

Sustancialmente deben mantenerse iguales posiciones para los dos ámbitos sancionadores en razón a que, desde el punto de vista teórico, la identidad material de ambas realidades no abona un diferente tratamiento. Desde una perspectiva práctica, no es cierto que automáticamente la reacción punitiva del derecho administrativo sancionador sea siempre menos incisiva que la del derecho penal. Por el contrario, en muchas ocasiones las sanciones administrativas son tan graves o más que las del derecho penal, por lo que las garantías no deben ser menores. Finalmente, desde el punto de vista político-constitucional, el artículo 25.1 no establece diferencias en cuanto a cuál deba ser el tratamiento en uno u otro caso.

En este estado de la discusión, la respuesta al interrogante inicialmente formulado proviene de los argumentos que se han expuesto sobre la fundamentación del principio de legalidad, el cual conserva vigencia en lo que tiene que ver con el derecho administrativo sancionador español, extrayendo del artículo constitucional solamente las garantías que le son propias y no aquellas que se pretenden incorporar al mismo por vía jurisprudencial.

En conclusión, en cuanto a los dos ordenamientos jurídicos sancionadores, en la elaboración doctrinal y jurisprudencial que se continúe haciendo del principio de legalidad se tiene que consultar la naturaleza de la potestad administrativa sancionadora, así como sus particularidades sustanciales y procesales.

THE KING CAN DO WRONG: LA INVIOLABILIDAD DEL REY A EXAMEN

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

De las normas constitucionales referidas a la Corona, hay dos que, por distintos motivos, provocan importantes fricciones, y amenazan desde dentro a la propia institución: la preferencia del varón al suceder (art. 57.1) y la inviolabilidad (art. 56.3). La fricción procede del propio esquema de valores de la Constitución, que sitúa en lo más alto algunos principios, como el de igualdad, el de responsabilidad por los hechos sobre los que se tiene competencia, y el derecho a la tutela judicial efectiva, y dos disposiciones que dicen que en el cargo más alto de la nación tienen preferencia los varones, y que una persona, precisamente la que ocupa la posición social más conspicua, a diferencia de todas las demás, no responde ante los tribunales de sus actos, lo que deja a sus eventuales víctimas plenamente desamparadas, y a la ley en muy mal lugar.

Este conflicto entre principios las hace ejemplos especialmente apropiados de la categoría de las normas constitucionales inconstitucionales¹, que no refleja más que la existencia de una contradicción interna en la propia Constitución.

La diferencia entre ambas disposiciones es, sin embargo, reseñable. Así como la primera no admite interpretación buena que impida sus rechazables efectos, y por ello requiere una reforma cierta y urgente (y quienes crean que no lo es por razones prácticas –no hay conflicto a la vista– olvidan el profundo daño que la propia existencia de la norma inflige a la causa de la igualdad), la segunda sí la admite, pese a que

¹ Sobre ello, puede verse la obra seminal de BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (2.^a ed.), Palestra: Lima, 2010, esp. pp. 75 y ss. Conecta la inviolabilidad del Rey con estas normas, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «La titularidad de la Jefatura del Estado como causa personal funcional de exención de responsabilidad penal», *Diario la Ley*, núm. 9770, de 14 de enero de 2021, p. 1.

proliferan las opiniones que parecen dar por inevitable la peor –la más inconstitucional– interpretación posible.

Bien interpretadas, no hay nada raro en las disposiciones constitucionales pero anticonstitucionales, salvo la paradoja del nombre (que se atenúa entrecomillando la segunda). Una norma constitucional ‘anticonstitucional’, es una norma especial, prevista en la propia Constitución, que opera como excepción de otra regla o principio general², y en este sentido contradice su validez universal. Cómo de tolerable sea esta excepción depende por entero de cómo de fuerte sea el principio contradicho. Por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres tiene hoy (aunque posiblemente no años atrás, cuando se redactó la Constitución) un estatus tan elevado, que una excepción como la de la sucesión a la Corona es insoportable, como lo sería, por ejemplo, que se diera preferencia en el acceso al trono a una raza sobre otras. Podría decirse, entonces, que la disposición de preferencia del varón contenida en el art. 57.1 CE es hoy una regla materialmente inconstitucional, aunque no lo sea formalmente (aquí las comillas deberían invertirse: sería una disposición formalmente ‘constitucional’ pero materialmente inconstitucional).

Si en este tema podría el TC, sin necesidad de reformar la Constitución, hacer una interpretación conforme a su contenido material que supusiera la derogación tácita de una regla tan clara, es dudoso. Supondría el reconocimiento de al menos dos niveles de jerarquía en la propia Constitución, con un núcleo duro, intocable, de principios básicos, como la igualdad, que integrarían la Constitución de la Constitución, y el resto de normas, que deberían ser interpretadas a su luz, y cuyo efecto extremo podría incluso ser la declaración de inconstitucionalidad dentro de la Constitución. Pero los riesgos de esta forma de proceder no serían desdeñables. Una vez abierta la brecha a la resolución de conflictos dentro de la propia Constitución, se habría perdido un límite importante: la sacralidad del texto. Por eso, una reforma del art. 57.1 es necesaria, y por eso, desgraciadamente, no cabe la inversión de las comillas: la disposición que da preferencia al varón es constitucional, y solo ‘inconstitucional’.

Pasando ahora a la inviolabilidad, la situación es por completo distinta. Aquí lo único que tenemos es una disposición relativamente vaga en el art. 56.3 CE, que requiere interpretación, y, dentro de las posibles, solo alguna de ellas aboca a contradicciones insalvables con

² Así, para un grupo de las examinadas, BACHOF, *¿Normas ...?* (como en nota 1), p. 78.

principios constitucionales. Desgraciadamente, es la que está proliferando en algunos comentarios³ y sentencias⁴, e incluso en la propia ley, aunque sea en un lugar tan inapropiado e inane como un Preámbulo a un texto que ni siquiera trata directamente del asunto⁵.

Pero hay otras interpretaciones que permiten preservar de forma suficiente el andamiaje básico constitucional: en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de igualdad y responsabilidad⁶. Para adentrarnos en ellas, es imprescindible hacer una previa incursión en las razones que pueden encontrarse detrás de la inviolabilidad, distinguiendo las legítimas, desde la propia órbita de valores de la Constitución, de las que no lo son. Con ello, este artículo, en homenaje a Luis Arroyo Zapatero, trata de ponerse del lado de los valores constitucionales.

³ Quizás el ejemplo más extremo sea el artículo de CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La inviolabilidad del Rey y sus efectos jurídico penales», *El Español*, 2 de octubre de 2020, que llega a afirmar que el Rey no puede cometer delitos especiales, como la defraudación fiscal o el cohecho, por falta de la cualidad de *intraeus* necesaria. Al estimar el autor que el hecho del Rey no es delictivo, tampoco lo sería el de los partícipes que le ayudaran, por aplicación del principio de accesoriedad, ni delictiva sería la posterior conducta de blanqueo, que pudiera realizarse incluso tras la abdicación, que tampoco lo sería de un delito. Por si hubiera dudas, expresamente se dice que el Rey *delinquere non potest*, aunque luego se matiza esa tesis para los delitos comunes, en los que el partícipe sí respondería.

Se trata de una tesis sorprendente, a la que difícilmente se puede encontrar apoyo formal en noma alguna, ni material en cualquier principio jurídico aceptable, desde luego no en la Constitución, y que a la vez se basa en una más que discutible interpretación de lo que es un delito especial y de qué cualidades debe tener el *intraeus*.

Se concibe también la inviolabilidad en términos absolutos en la alegaciones de la Letrada de las Cortes Generales al caso examinado en STC (Pleno), de 13 de febrero de 2020.

⁴ Aunque su razonamiento no es muy claro, parece ir en esta línea la STC 98/2019 cuando extiende el privilegio de la inviolabilidad sin excepciones a todos los actos, públicos y privados del Rey. Pero como a la vez se destaca como fuente de la irresponsabilidad su actuación refrendada, parece que la conclusión solo debería valer precisamente para ésta, en la línea de lo que aquí se propone. Igualmente poco clara, pero en una línea extensiva, la STC 111/2019, como destaca PASCUA MATEO, F. A., «Nuevos (y necesarios) límites a las comisiones de investigación competencias autonómicas y la inviolabilidad del rey», *Revista De Las Cortes Generales*, 2020, pp. 429-441.

⁵ Concretamente, la extemporánea referencia contenida en el Preámbulo de la LO 4/2014, de reforma de la LOPJ, según la cual «Conforme a los términos del texto constitucional, todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad». El legislador hace una supuesta interpretación auténtica de la Constitución, que no es de su competencia, y en un Preámbulo, sin valor normativo, por lo que expresa más una muy discutible opinión que un precepto con validez jurídica.

⁶ Muy claro en esta línea, llegando en muchos puntos a conclusiones similares a las de este trabajo, FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Diario la Ley* (como en nota 1), pp. 7 y ss. También, desde el ámbito de la responsabilidad civil, GALERA VICTORIA, A., «Las demandas de filiación y la corona. Reflexiones sobre la inviolabilidad regia. El acceso a la jurisdicción y la igualdad entre los hijos», *Revista de Derecho, UNED*, 17, 2015, pp. 319-340, con referencias adicionales. Igualmente crítico con una inviolabilidad absoluta, GÓMEZ COLOMER, J. L., «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», *Teoría Y Realidad Constitucional* (38), 2016, 239-275. En general, VIANA BALLESTER, C., *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria*. Congreso de los Diputados: Madrid, 2011, sin duda la obra más completa y exhaustiva sobre el tema publicada en castellano.

les, algo que siempre ha presidido la labor académica y personal del homenajeado, sea combatiendo internacionalmente la pena de muerte, elaborando novedosamente las bases del Derecho penal del trabajo, o poniendo en marcha una Universidad asentada sobre dichos valores. Que además me una a él una relación de afecto que se remonta a muchos años atrás, antes de que ninguno de los dos pensáramos dedicarnos al Derecho penal, hace todavía más grata la redacción de estas páginas.

I. Fundamento material de la inviolabilidad

Toda circunstancia que excluya la responsabilidad penal debe de tener acomodo en alguna de las categorías que la definen. La ubicación depende, como es lógico, del fundamento material de la exención, y en la inviolabilidad no es tan claro como en otras circunstancias. Pocos discuten que la legítima defensa excluye la propia existencia de un hecho antijurídico, o que la enfermedad mental grave excluye la culpabilidad, pero, en el caso de la inviolabilidad, se ha situado en ocasiones en el ámbito de la propia vigencia personal de la ley; otras se ha vinculado a la justificación; a cuestiones procesales de competencia; y, por último, mayoritariamente se ha ubicado en ese impreciso cajón de sastre que es la punibilidad, que responde a su vez a distintos fundamentos materiales, sin que quede claro cuál de ellos sería el propio de la inviolabilidad⁷. Solo aclarando esta cuestión, será posible después determinar la extensión de la categoría.

Simplificando, hay cuatro grandes grupos de razones, tres sustantivas y una procesal, para excluir la responsabilidad penal, que podrían ser esgrimidas por cualquiera como defensas en un eventual proceso: las dos que tienen que ver con la inexistencia de delito, bien por ausencia de lesividad penal del hecho (básicamente, atipicidad y causas de justificación), bien de ausencia de imputación subjetiva, que haría la pena no merecida (ausencia de culpabilidad⁸); las vinculadas a los presupuestos de eficacia y legitimidad en la imposición de la consecuencia jurídica (causas de exclusión de la punibilidad; causas de extinción de la res-

⁷ Referencias detalladas a todas estas posiciones en VIANA BALLESTER (como en nota 6), pp. 447 y ss.

⁸ Se incluye aquí la ausencia de dolo o imprudencia, que excluye la imputación subjetiva, da igual si se ubica en el tipo subjetivo o en la culpabilidad. Por otra parte, para la medida de seguridad, que no requiere infracción culpable de la norma de comportamiento, es suficiente con la comisión de un hecho previsto como delito de la que pueda deducirse la peligrosidad futura del sujeto

ponsabilidad penal); y las que tienen que ver con la prueba de todas las anteriores (defensas procesales). Expresado desde la teoría de la norma penal, la norma secundaria, de sanción, no se aplica si no se ha infringido culpablemente la norma de comportamiento, bien porque (a) no hay hecho antijurídico, o (b) no es reprochable; (c) se ha infringido, pero faltan las condiciones materiales que justifiquen la pena (no hay punibilidad); o (d) se ha infringido, y hay razones para imponer una sanción, pero no se ha podido demostrar en tiempo y forma (no hay prueba de cargo).

Los límites entre los cuatro grupos son fluidos, y algunas circunstancias afectan a más de uno⁹, o son de naturaleza dudosa¹⁰, pero *grosso modo* es una clasificación útil porque ayuda a identificar el núcleo material de cada elemento, y con ello sus efectos.

Todas las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, reciban la denominación que reciban –causas de ausencia de acción; de atipicidad, de justificación; de exclusión de la culpabilidad; de exclusión de la punibilidad; de extinción de la responsabilidad penal; defensas procesales– tienen que ver con alguno de estos cuatro grupos de razones, y aunque su efecto principal es idéntico –todas son «defensas» que pueden esgrimirse frente a una eventual acusación, y, de apreciarse, excluyen la pena–, sus efectos *colaterales* son muy distintos –no es lo mismo que el hecho sea atípico a que su autor no sea imputable, o que la pena sea innecesaria o contraproducente, o, en fin, que no haya habido una prueba suficiente–. Y también pueden ser distinta su eficacia en el tiempo: hay circunstancias con efecto temporal, y otras permanente.

⁹ La muerte del reo, o la prescripción, por ejemplo, afectan tanto al cumplimiento de los fines de la pena como a la prueba del hecho

¹⁰ La irretroactividad de la ley penal desfavorable que crea un nuevo delito viene a reconocer la atipicidad del hecho antes de su entrada en vigor, pero la *retroactividad de la ley favorable* posterior, que destipifica un delito, ¿es una causa de extinción de la responsabilidad que debería estar prevista en el art. 130?; ¿o, al menos en los casos más extremos –pensemos en una ley que derogase una disposición racista–, es una causa de nulidad de la ley previa, lo que convierte retroactivamente al hecho en atípico?

Otro caso: las circunstancias relativas a la vigencia espacial son más cuestiones procesales de competencia de los tribunales que de atipicidad. Cualquier hecho delictivo (de acuerdo con nuestros tipos penales) cometido en el extranjero puede hipotéticamente ser juzgado en España, por aplicación del principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ), si su autor adquiere con posterioridad a la ejecución del hecho la nacionalidad española. Para que un hecho posterior –la adquisición de la nacionalidad– permita enjuiciar el delito, éste tenía que serlo (ser típico) en el momento de ejecutarse. El propio artículo lo corrobora cuando habla expresamente de ‘delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional’. Por ello, la ubicación de las reglas de vigencia espacial en la LOPJ puede considerarse correcta: este artículo delimita la competencia de los tribunales españoles, no define la tipicidad del hecho.

La inviolabilidad, en sus dos manifestaciones en nuestro derecho –inviolabilidad por opiniones y votos de los parlamentarios, de los magistrados del TC y del Defensor del pueblo; e inviolabilidad del Rey–, es precisamente una de las circunstancias de naturaleza más dudosa, de ahí el debate acerca de su extensión. Pero algunas cosas sí deberían ser claras:

1. *No afecta a la imputación subjetiva*

De los cuatro apartados, uno se excluye sin dificultad: la imputación subjetiva. La inviolabilidad, como también la inmunidad, nada tienen que ver con la ausencia de merecimiento característico de la imputación subjetiva. Cualquier sujeto inviolable o inmune puede ser tan imputable subjetivamente (o tan inimputable) como cualquier otra persona: puede actuar con dolo, imprudencia o error invencible; puede ser cuerdo o no serlo; puede estar plenamente intoxicado por sustancias o no estarlo. La inviolabilidad es ajena a la inculpabilidad¹¹.

2. *No es solo una causa procesal de exclusión de la competencia*

Podría pensarse que la inviolabilidad es una cuestión exclusivamente procesal, de limitación de competencia en el proceso, pero no lo es, aunque este punto requiere alguna aclaración, aunque solo sea porque la inviolabilidad suele estudiarse junto con otras circunstancias como la inmunidad y el aforamiento a las que sí suele asignarse una indudable dimensión procesal¹², que muchas veces se extiende también a la inviolabilidad.

¹¹ Aunque en algún momento hay quienes la han vinculado a la inimputabilidad, esto solo podría ser así si por inimputable se entiende, en sentido amplio, cualquier persona que, por cualquier motivo, no es destinatario de la norma (no puede, por ello, cometer el hecho típico), por lo que comprendería también las eventuales circunstancias ubicadas en la vigencia personal de la ley penal (referencias en VIANA BALLESTER, *Inmunidades* (como en nota 6), pp. 452 y ss). Pero si la inimputabilidad se vincula, como es lo habitual, a la ausencia de requisitos psíquicos o de madurez que permiten conocer el alcance de los propios actos o actuar conforme a esa comprensión, la inviolabilidad nada tiene que ver con ello. Cuestión distinta es si, pese a ello, afecta a la tipicidad, algo que será examinado inmediatamente.

¹² Sobre las relaciones entre estas tres figuras, MARTÍNEZ ELIPE, L. «Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento», *Revista de las Cortes Generales* (55), 2002, 29-86; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española», *Revista de las Cortes Generales*, 2020, pp. 131-175; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español* (2.ª edición. ed.) 2019, pp. 135 y ss.

No es pacífico qué circunstancias tienen que ver con el Derecho penal material (con los contenidos de las normas primaria y secundaria) y cuáles con el Derecho procesal (con la aplicación de la norma secundaria)¹³. Aunque en alguna medida la cuestión puede ser meramente nominal, ciertos efectos legales suelen circunscribirse solo a una de las dos categorías, así que la asignación puede, en ocasiones, tener dimensión práctica. Pero, sea como sea, la diferencia no tiene que ver con su catalogación formal, sino con el contenido material de la correspondiente institución. El Derecho procesal puede atender a los mismos criterios materiales que el penal.

Posiblemente, aun reconociendo una zona borrosa, una buena manera de distinguir entre Derecho penal material y Derecho procesal sea realizar el experimento mental que proponía Hilde Kaufmann¹⁴, e imaginar qué pasaría si suprimiésemos hipotéticamente el proceso, porque fuera innecesario. Si tuviésemos una bola de cristal que nos permitiera ver el pasado –prueba perfecta–, y a la vez la ley fuera meridianamente clara –interpretación innecesaria–, no haría falta proceso. En estas condiciones ideales, si la circunstancia debatida siguiera siendo relevante, no se trataría de una cuestión solo procesal. Y creo que esto es lo que pasa con la inviolabilidad, pero no con el aforamiento y tampoco con la mayor parte de las inmunidades, aunque esto último puede ser más discutible.

Básicamente, son dos las cuestiones en la actividad procesal: quién juzga –quién es el destinatario concreto de la norma secundaria–, y cómo juzga –cómo la cumple–. La segunda cuestión tiene que ver, a su vez, con otras dos, la prueba de los hechos, y la interpretación y aplicación del Derecho, pero la inviolabilidad nada tiene que ver con ellas.

Más discutible es si tiene que ver con la otra cuestión típicamente procesal: la determinación de la competencia para juzgar. En principio, las reglas de competencia de los tribunales no afectan a la sustancia del hecho delictivo ni a la propia responsabilidad, sino tan solo a la determinación de la persona u órgano responsable de aplicar la norma secundaria. Esto no admite duda en los aforamientos.

¹³ Referencias en ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5.^a ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Múnich 2020, 23, nm 41 y s.

¹⁴ *Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, 1968 (Pretensión penal y Derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho penal material y el formal. Ed. Ramón Areces. Madrid, 2009, p. 206 ss.). Crítico con este planteamiento, por considerarlo demasiado restrictivo para el Derecho procesal, ROXIN/GRECO, *AT (como en nota 13., 23, nm 48 y ss.)*.

Que a un aforado lo juzgue, por ejemplo, el Tribunal Supremo, y no la Audiencia provincial correspondiente, no afecta en nada a la responsabilidad penal sustantiva. Es cierto que incluso esta desviación del régimen ordinario debe ser justificada, para mostrar su compatibilidad con el principio de igualdad, pero, si hay un fundamento material, no plantea mayor problema de legitimidad, porque el sujeto sigue siendo plenamente responsable de sus actos. En nuestro experimento mental, si desaparece el proceso, desaparece la figura del aforamiento.

Empieza a haber problemas cuando el foro competente es tan especial que queda fuera del sistema ordinario de los tribunales penales, o incluso fuera del propio sistema jurídico de un país. Entonces, el término ‘aforamiento’ comienza a quedarse corto, y empezamos a hablar de ‘inmunidad de jurisdicción’, aunque no debe olvidarse que la categorización en esta materia es, en general, muy imprecisa.

Si una persona (Jefe de Estado, Presidente de Gobierno, miembro de la casa real, etc.) según las normas pertinentes, puede ser juzgado y condenado por los delitos que cometa, pero no por tribunales del poder judicial (inmunidad de jurisdicción penal)¹⁵, o no por los de un país (inmunidad diplomática), o sí por ellos, pero solo si previamente un órgano no judicial concede autorización para ello (inmunidad parlamentaria¹⁶), puede decirse que el sujeto tiene inmunidad, pero sigue siendo responsable. Las inmunidades son materialmente *aforamientos extremos*, que alteran severamente el sistema ordinario de justicia, y por ello requieren una justificación todavía más exigente que los simples aforamientos, pero no son causas que excluyan la responsabilidad penal. De nuevo, si pudiéramos alcanzar las metas del proceso sin proceso, las inmunidades, al menos las de Derecho interno, no tendrían sentido. Pero, a la vez, cuanto más abundantes sean los impedimentos para proceder, o más extraordinario el foro, más nos

¹⁵ Ejemplos pueden ser los juicios a Jefes de Estado que se hacen residir en el Parlamento (por ejemplo, el *Impeachment* de EEUU, aunque nos sea exactamente un juicio), o las disposiciones especiales para miembros de la casa real que se establecen en algunas Constituciones, como la noruega, cuyo art. 37 dispone que los príncipes y princesas reales solo serán personalmente responsables ante el Rey o ante quien el Rey decreta tener jurisdicción sobre ellos. Referencias en VIANA BALLESTER, *Inmunidades* (como en nota 6), pp. 91 y ss.

¹⁶ También cae bajo esta categoría la disposición del art. 102.2 CE, conforme a la cual si la acusación contra un miembro del Gobierno fuera por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, solo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

acercamos a una posible irresponsabilidad de facto (cuasi-inviolabilidad), aunque se mantenga formalmente una responsabilidad *de iure*¹⁷.

En resumen, el aforamiento y la inmunidad tienen en común tres notas: no tienen que ver con la inexistencia del delito; tampoco excluyen la punibilidad del autor (a lo sumo, fácticamente la dificultan); y encuentran su fundamento en la protección de funciones públicas.

Distinta es la inviolabilidad, aunque no en su fundamento, que es también la preservación de funciones públicas ligadas a ciertos cargos de especial relevancia. Lo distintivo de la inviolabilidad es que hace imposible la responsabilidad penal, por lo que su eventual legitimación es mucho más exigente. Aquí no solo se afecta a la igualdad de trato procesal, afectación que puede ser menor si el hecho se mantiene en el ámbito de la justicia penal, sino que interfiere de lleno en los principios de *responsabilidad* –quien daña a otro de manera imputable, debe responder por ello–; de *igualdad* –la respuesta debe ser sustancialmente igual para todos–; y de *tutela judicial efectiva* –el derecho ampara a todos frente a las agresiones de terceros–. Así que es preciso justificar, no solo por qué se acude a un foro especial o se dificulta el acceso al ordinario con requisitos adicionales, sino por qué directamente se renuncia a la responsabilidad penal, quebrando los tres principios mencionados. Y el estatus de estos principios es tan alto, que, en democracia, no es fácil encontrar una fundamentación válida para ello. No es, por eso, una casualidad que las inviolabilidades sean poquísimas y afecten a delitos de escasa importancia relativa... salvo en el caso de la inviolabilidad real, que tiene un alcance enorme, y que lo tendría aún mayor si se interpretase en la forma, claramente extensiva, que algunos proponen¹⁸.

Por ello, aunque es cierto que la inviolabilidad se concreta en la falta de competencia de cualquier tribunal español para juzgar al Rey mientras lo sea, la razón de ello no tiene que ver con las necesidades ni requisitos del proceso, sino que es una cuestión material, relacionada con el contenido de las normas penales, no con su proceso de apli-

¹⁷ Esto es lo que sucede especialmente en las inmunidades de derecho internacional, al menos en algunos delitos, que pueden equivaler a la plena inviolabilidad: si un embajador extranjero en España asesina a su pareja, no podrá ser juzgado aquí, pero lo será, con certeza, en su país, pero si comete espionaje en favor de éste, quedará impune. En los delitos consentidos o promovidos por el país al que representan, la inmunidad se convierte en impunidad, y, con ello, en una causa fáctica de exclusión de la punibilidad, que, si es reconocida por la ley, debe ser justificada, como cualquier otra que tenga un efecto excluyente de la responsabilidad penal.

¹⁸ *Supra* notas 3, 4 y 5.

cación. Si suprimimos mentalmente el proceso, la inviolabilidad sigue siendo una cuestión relevante¹⁹.

Por exclusión, quedan entonces dos posibles fundamentos: o bien el hecho del inviolable no es delito –es atípico o está justificado–, o bien es delito, pero hay razones para excluir la pena. Tampoco puede descartarse una combinación de ambos: que respecto de ciertos actos se excluya el carácter delictivo y respecto de otros solo la punibilidad.

3. *Inviolabilidad, atipicidad y justificación: ¿puede el Rey cometer delitos?*

Solo plantear esta pregunta en el siglo XXI puede causar perplejidad, y si se hace en términos absolutos, el desconcierto estaría más que justificado. En un Estado democrático de Derecho nadie está al margen de la ley; no debería perderse ni un minuto en esta cuestión. Las normas se dirigen a todos los ciudadanos, y el Rey lo es.

Históricamente, sin embargo, la exención de responsabilidad del Rey se basaba precisamente en su incapacidad para cometer delitos: *The King can do no wrong*, en la clásica expresión inglesa²⁰. Si la ley (humana) provenía de un monarca sagrado, que personificaba al propio Estado, sus palabras y obras se convertían en ley.

En las monarquías parlamentarias, la posición del Jefe del Estado es completamente distinta. *The King can do wrong*: ni es sagrado, ni su legitimidad es metafísica, sino estrictamente democrática. Su estatus como Rey lo definen la Constitución y la ley, y, como cualquier otro ciudadano, tiene derechos y deberes, y entre estos sin duda está el de no cometer delitos.

¹⁹ Divergente en este punto es la posición de VIANA BALLESTER, que atribuye a la inviolabilidad un carácter procesal, pero sustantivo, y niega que sea una cuestión de Derecho penal material –*Inmunidades* (como en nota 6), esp. pp. 562 y ss. Pero la propia autora relativiza, de forma acertada, las diferencias entre Derecho penal material y procesal, e incide en los aspectos sustantivos de la figura. Pese a esta matización, creo, como se afirma en el texto, que la inviolabilidad no es una cuestión procesal, aunque, como todas las sustantivas, acabe teniendo su reflejo en el proceso, en este caso excluyendo la competencia. Si suprimimos el proceso, la inviolabilidad sigue siendo relevante.

²⁰ Sobre la historia del principio, puede verse, por ejemplo, FORTIN, Marie-France, *A Historical Constitutional Approach to The King Can Do No Wrong: Revisiting Crown Liability*, 2019; MALCOLM, Joyce Lee. «Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings», *The Journal of British Studies*, 38(2), 1999, pp. 161-186. Sobre la discusión en EEUU, BARRY, Herbert, «The King can do no wrong», *Virginia Law Review*, 1930, pp. 5-27; SHERRY, E. H., «The myth that the King can do no wrong: a comparative study of the sovereign immunity doctrine in the United States and New York Court of claims», *Administrative Law Review*, 22(1), 1969, pp. 39-58.

Ciertamente, según el art. 56.3 CE, la persona del Rey es inviolable, pero ello no quiere decir que no haya cometido el delito, como demuestra la inequívoca aplicación de otras consecuencias jurídicas ligadas al hecho delictivo: sus eventuales víctimas tendrían derecho de defensa legítima, ejercida por ellas mismas o por un tercero; los coautores o partícipes en el hecho responderían del delito, etc.²¹.

Creo que esta conclusión es constitucionalmente incontestable, al menos para una buena parte de la actividad delictiva que pudiera cometer el Rey. Pero es discutible si lo es para toda su actividad; e incluso si la inviolabilidad no podría ser entendida como una causa de justificación, basada en el principio del mal menor:

a) En cuanto a lo primero, la cautela es necesaria porque la actividad constitucional del Rey es especial, en realidad única, y ello condiciona que algunos de sus actos, particularmente los refrendados, puedan ser literalmente *atípicos*, por ausencia de deber jurídico. Pero para llegar a esa conclusión es preciso antes examinar las funciones constitucionales de la Corona, lo que haré más adelante.

b) En cuanto a lo segundo, la idea de que las inviolabilidades son en realidad causas de justificación ha tenido siempre defensores²². La razón es que, a poco que se examinan las razones para la exención, enseguida surge la idea de con ello se está asegurando el ejercicio de funciones públicas de gran importancia, por lo que la lesión estaría justificada por un interés superior.

Pese a su aparente plausibilidad, creo que esta explicación confunde el todo –la justificación de eximentes sobre la base del principio del interés preponderante–, con la parte –la justificación *del hecho típico*–.

Las causas de justificación no abarcan cualquier situación en la que un conflicto de intereses se resuelve en favor del preponderante, sino exclusivamente aquellas que permiten justificar la comisión de un hecho típico. Lo que justificamos es realizar un hecho *prima facie* prohibido para preservar intereses preferentes que no podrían asegurarse sin dicha lesión típica. Nada de esto se da en la inviolabilidad. En la parlamentaria, por ejemplo, es perfectamente posible (de hecho

²¹ Sin embargo, como se mencionó en nota 3, algún autor ha defendido la imposibilidad de que el Rey cometa delitos especiales, como cohecho o impago de impuestos.

²² Amplias referencias en VIANA BALLESTER, *Inmunidades* (como en nota 6), pp. 459 y ss.

es lo correcto), ejercer la función pública de parlamentario sin injuriar o calumniar a otro, igual que, como enseguida veremos, es no solo posible sino obviamente debido ejercer la Jefatura del Estado sin matar, violar, robar o secuestrar a otros. La inviolabilidad no tiene nada que ver con la justificación del hecho típico, sencillamente porque aquí *no hay conflicto*.

Si lo hubiera, claro está que la respuesta sería distinta. El ejercicio de algunas profesiones y/o cargos justifican acciones típicas, y algunas precisamente en el ámbito de la libertad de expresión. Por ejemplo, conceder a los abogados un margen amplio en sus manifestaciones en defensa de sus clientes es la única manera de preservar el Derecho de defensa en el momento en el que se realiza el acto. No es posible a la vez defender a un posible culpable como requiere el derecho de defensa y obligar al abogado a declarar como testigo, o a renunciar a cualquier manifestación que, en otro contexto, no estaría permitida. Por eso, se trata de una genuina causa de justificación²³. El secreto profesional, que también puede afectar a los parlamentarios, es una causa de justificación. Pero no hay ninguna razón por la cual un parlamentario, en su actividad ordinaria, tenga que injuriar o calumniar para desarrollar mejor su función. Eso no quiere decir que la ley no pueda concederle un margen más amplio de libertad de expresión, que sí sería justificante, como lo es en el caso de cualquiera cuando ejerce la crítica política, sino que, pasado ese límite, y obviamente hay un límite, nada puede justificar ya el hecho típico, que sería (si hay culpabilidad), plenamente delictivo, aunque podría no castigarse concediendo una inviolabilidad que excluya la pena.

Así que, a salvo de lo que luego se dirá para los actos refrendados, la inviolabilidad real nada tiene que ver con la ausencia de delito, lo que solo nos deja como explicación la mayoritaria en la doctrina²⁴: se trata de una causa de exclusión de la punibilidad.

²³ Pero el caso requiere una precisión. Con el criterio más arriba defendido para distinguir eximentes procesales y materiales, podría parecer a primera vista que la exención de responsabilidad del abogado que ejerce su profesión no sería una causa de justificación, sino procesal, pero ello no es así. La desaparición del proceso hace desaparecer esta circunstancia no porque no sea una causa de justificación del hecho típico, que sí que lo es, sino porque el propio hecho típico solo tiene sentido dentro del proceso, y si éste desaparece, también lo hace aquel.

²⁴ Así lo considera VIANA BALLESTER, *Inmunidades* (como en nota 6), p. 467, que analiza detallada, pero también críticamente, esta posición mayoritaria (pp. 467-479).

4. *La inviolabilidad real como causa de exclusión temporal de la punibilidad*

Que un hecho sea delito no significa necesariamente que sea punible. Normalmente lo es, pero hay diferentes motivos que pueden justificar la renuncia a la pena. Solo a modo de ejemplo, porque hay muchos más²⁵, unos tienen que ver con circunstancias posteriores al hecho que reducen o hacen desaparecer su lesividad, como la reparación del mal, o que no permiten que la pena cumpla sus fines, como la inimputabilidad sobrevinida del art. 60 CP; otros con la existencia de padecimientos funcionalmente equivalentes a la pena, como la pena natural, cuando el derecho la reconoce; otros con la ausencia de condiciones para que la pena cumpla sus fines; otros, en fin, con la preservación de intereses importantes, que la ejecución de la pena podría poner en peligro, como sucede en la excusa absolutoria de parentesco, o en las inviolabilidades. Estos últimos casos se aproximan a las causas de justificación en que tienen su fundamento en el principio del interés preponderante, pero la diferencia es que no justifican el hecho típico, sino la renuncia a la pena.

La diferencia es importante. En las primeras, no habría delito porque, en el momento de cometer el hecho, no hay forma de preservar los intereses preponderantes sin causar un daño típico. En su conjunto, el hecho no es lesivo. En las segundas, por el contrario, lo que se justifica es la renuncia a la pena, que es una cuestión distinta. Lo primero afecta a la norma primaria: el abogado o el parlamentario, dentro de su genuina libertad de expresión, no cometen delitos. Lo segundo a la secundaria: el abogado que crea pruebas falsas, o el parlamentario que imputa a alguien desde la tribuna un hecho delictivo que él sabe que es falso, o en su crítica política utiliza expresiones que constituyen lo que los tribunales denominan injurias absolutas o formales, cometen delito, aunque respecto de algunas de ellas se renuncie, a la pena. Y se hace, también, para preservar las funciones parlamentarias, como en las genuinas causas de justificación, solo que no se excluye la ilicitud, sino solo la punibilidad.

Es importante no confundir ambos planos, pese a sus puntos de contacto. Las normas primaria y secundaria tienen dinámicas propias.

²⁵ Análizo muchas de ellas, desde la perspectiva de las que podrían justificar la concesión de un indulto, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en Fernando Molina y Eva Carracedo (edits.), *El indulto: pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 251-332.

La primera tiene que ver con el desvalor del hecho dúplex en el momento de cometerse; la segunda, con la necesidad de imponer una sanción. Los efectos de la justificación en ambas normas son muy distintos, aunque al final el efecto sobre la responsabilidad penal básica sea el mismo: no hay pena. En el primer caso, el hecho no es delito, por lo que desaparece cualquier fundamento posible para la sanción. Ni es lícito imponerla ahora, ni tampoco en el futuro; ni se le puede imponer al autor, ni tampoco a los partícipes que se encuentren en la misma situación de conflicto²⁶. Y la legítima defensa queda ostensiblemente excluida: no hay un hecho ilícito frente al que reaccionar. En el segundo, hay razones para no aplicar la sanción, pero pueden ser temporales, aunque también podrían ser permanentes. No hay ninguna razón para no castigar a los partícipes, salvo que en su caso también se den las circunstancias de justificación para excluir la pena. Y cabe legítima defensa: aunque haya motivos para no sancionar, no los hay para no impedir el hecho, que es ilícito, y por ello indeseable.

La inviolabilidad parlamentaria ha sido siempre debatida, porque sus efectos parecen aproximarse a los de las genuinas causas de justificación: es permanente, incluso cuando el afectado pierde su condición de parlamentario, y podría afectar también a terceros, por ejemplo, al personal de apoyo a los parlamentarios, pese a que no tienen reconocida inviolabilidad como autores. Pese a ello, no es una causa de justificación del hecho típico, sino una causa (justificada) de exclusión de la punibilidad. Y esa justificación para prescindir de la pena puede explicar, y de hecho explica, su carácter permanente y la irresponsabilidad del partícipe. Es cierto que el hecho en sí es malo, ilícito, y que podría ejercerse plenamente la actividad parlamentaria sin injuriar o calumniar, pero la legítima libertad de expresión de los parlamentarios es tan relevante para su singular función como representantes del poder legislativo, que el ordenamiento opta por brindarle una protección adicional frente a un riesgo que está siempre presente en los derechos: la inadecuada fijación de los límites de su ejercicio legítimo. El que otros, los tribunales, fijen el límite del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, tiene el obvio inconveniente de que el parlamentario puede verse

²⁶ Nada impide hacerle responder si es él quien ha provocado la situación de conflicto, y luego ayuda al autor, que se encuentra con ella sin haberla provocado, a resolverla de la mejor manera disponible en ese momento. La contribución del partícipe a un hecho que sí está justificado, no «blanquea» su conducta previa provocadora (*actio illicita in causa*). También responde el partícipe si el autor se encuentra en una situación de *justificación personal* (inexigibilidad justificante), que no afecta a aquel. En este caso, el conflicto se resuelve de forma distinta para el partícipe, no afectado por la situación personal, y el autor, sí afectado.

coartado por miedo a la pena también en lo que sería SU legítima libertad, así que una decisión radical es renunciar por completo a la pena y al propio proceso en estos casos, decisión que, además, no plantea graves problemas de justicia, habida cuenta de la importancia normalmente menor de los delitos de expresión. No es tan grave el daño que puede hacerse a otro por una opinión, si se compara con otras lesiones de bienes jurídicos, así que renunciar por completo y para siempre a la pena es razonable.

Pero, pese a que la protección es generosa, no lo es del todo. La Constitución habla de inviolabilidad por opiniones. Pero qué es todavía una opinión es interpretable, y esa interpretación la harán los tribunales, de manera que si, por ejemplo, se provoca o induce de palabra a cometer un delito, el hecho será punible. Y lo mismo puede suceder con una afirmación de hecho calumniosa²⁷, cuando el parlamentario que la hace es consciente de su falsedad o habla con temerario desprecio hacia la verdad.

II. ¿Y qué sucede con la inviolabilidad del Rey?

Lo que en la inviolabilidad parlamentaria podría parecer más discutible, debería resultar diáfano en la inviolabilidad real, pero, como vimos, no ha sido así para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, e, incluso, con matices, para el legislador, que atribuyen a dicha inviolabilidad un alcance extremo, según el cual abarcaría cualquier delito cometido siendo Rey, y para siempre.

Tres factores parecen haber influido en esta desmedida, y yo añadiría anticonstitucional, interpretación: la extensión a la inviolabilidad real de lo que se afirma en la parlamentaria, favorecida por la denominación común; la proyección a toda la actividad del Rey de lo que solo es válido para una parte, la refrendada; y, me temo, una cuestión de mucho menos vuelo jurídico, pero posiblemente decisiva: la voluntad de ‘resolver’ sin demasiado daño un caso concreto, encarnado por las actividades del anterior Jefe del Estado. De esto último no me ocuparé. Aunque la construcción pudiera ser *ad-hoc* —y el más que discutible Preámbulo de la LO 4/2015 parece apuntar en esa dirección—, se pro-

²⁷ Véanse, por ejemplo, referencia a excepciones, como la establecida en Alemania para la calumnia, o las que menciona la reciente jurisprudencia del TS español en sentencias como STS 459/2019, de 14 de octubre, referidas a la antigua presidenta del Parlament catalán, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Las garantías...» (como en nota 12), pp. 43 y ss.

pugna como interpretación general, válida también para el actual Jefe del Estado y sus sucesores. Y el mensaje es tan dañino, tan profundamente anticonstitucional, que difícilmente podría ser explicado en público sin sonrojo: puesto en negro sobre blanco, más o menos viene a decir que si el actual Monarca, o cualquiera de sus sucesores, llevara a cabo voluntariamente el delito más atroz que podamos imaginarnos, y, para que no hubiera dudas de la autoría, lo grabase con una cámara y lo colgase en Internet, no tendría responsabilidad alguna, ni al cometerlo ni, supuestamente, nunca, incluso cuando, como es de esperar, fuera depuesto; y que, además, ello puede justificarse en el sistema de valores de la propia Constitución.

Si esa fuera realmente la lectura que se derivase de nuestra Constitución y sus principios, entonces esta difícilmente merecería, como merece, nuestro respeto en pleno siglo XXI. Por eso, sencillamente, no puede ser correcta. Y así como la regla de preferencia del varón en la sucesión no admite, pese a la profunda quiebra en el principio de igualdad que supone, interpretación que no sea derogatoria de un precepto constitucional, y por eso es necesaria una reforma, la de la inviolabilidad la admite sin demasiado esfuerzo, solo con algo de buena voluntad y sentido constitucional.

Pero para llevarla a cabo, y entender qué sentido tiene la inviolabilidad real, es necesario primeramente distinguir las diferentes actividades que puede llevar a cabo el Rey, que son básicamente tres:

- Su actividad pública refrendada, a la que hacen referencia los arts. 56.3 y 64.2 CE;
- Su actividad pública no refrendada (art. 65.2 CE); y
- Su actividad privada.

En cualquiera de las tres podrían cometerse actos con relevancia penal: el Rey podría firmar una ley racista, malversar el patrimonio de la Casa Real, o cometer un homicidio. A todos alcanza algún efecto de la inviolabilidad que recoge el art. 56.3 CE. Pero, ¿con qué fundamento y límites?

1. Actividad pública refrendada

Abarca la mayor parte de la actividad del Rey con relevancia constitucional. Es, sin duda, una actividad muy importante, como corres-

ponde al ejercicio de lo que expresamente se denomina Jefatura del Estado, y pone de relieve su ubicación preferente en la norma suprema (en el Título II, antes que cualquier otro poder del Estado; aunque, y ello es relevante, después de los Derechos y Deberes Fundamentales). Pese a ello, paradójicamente, esta actividad central carece de validez sin el oportuno refrendo establecido en el art. 64 (salvo en los pocos casos de actividad pública no refrendada del art. 65.2 CE).

Esto es algo completamente singular. No solo la Constitución, sino todas nuestras leyes, incluyendo el Derecho penal en su conjunto, y todos los sistemas de reglas sociales imaginables, parten del postulado opuesto al que predica el art. 65.3 CE nada menos que de la más alta autoridad del Estado. La dignidad básica del ser humano lo hace responsable de sus actos, tanto en su actividad pública como en la privada, si reúne las condiciones subjetivas mínimas de la imputabilidad que le permiten comprender el alcance de sus actos y actuar conforme a esa comprensión. Este *principio de responsabilidad*, caracterizado por el sinalagma competencia-responsabilidad, es tan medular en cualquier sistema de reglas, jurídico o no, que ni siquiera requiere una formulación expresa.

Como es lógico, tampoco el Rey está al margen del principio de responsabilidad: cuando da su consentimiento para casarse, cuando hace testamento, cuando vota o cuando realiza cualquier otro acto de la vida pública o privada, es responsable, o irresponsable, de sus actos exactamente en el mismo sentido que el resto de los ciudadanos. ¿Cómo es posible, entonces, que la Constitución declare de la más alta magistratura, de la propia Jefatura del Estado, que quien la ejerce no tiene responsabilidad jurídica por sus actos malos, pese a ser responsable subjetivamente de ellos? ¿No viola esta afirmación el principio ético elemental que establece que el responsable de un acto (quien lo ha llevado a cabo en el uso de su libertad) debe a su vez responder, para lo bueno y para lo malo, de sus consecuencias? Si esto es válido para todos los ciudadanos, e incluso para el Rey en los actos buenos de su actividad privada (su matrimonio o su testamento son válidos sin más), ¿no debería serlo todavía con mayor motivo en los malos?

La explicación de esta aparente paradoja, que a la vez permite entender sin dificultad la inviolabilidad en este punto, tiene que ver con un rasgo enteramente singular del sistema monárquico en una democracia parlamentaria: la ficción.

En las monarquías tradicionales, el Rey era la cabeza del Estado, por lo que ejercía el poder real en todos los ámbitos, legislativo, ejecutivo y judicial, que es lo que uno espera de la jefatura suprema de cual-

quier grupo de personas. Pero las modernas monarquías parlamentarias democráticas se basan en el conocido principio de que el Rey reina, pero no gobierna (en realidad, ni legisla, ni gobierna, ni juzga)²⁸. ¿Cómo es posible ostentar la Jefatura del Estado y no desarrollar de facto ninguna de las funciones propias de una jefatura? ¿Qué sentido tiene una función de máximo poder sin poder máximo?

La explicación tiene que ver con la función esencial, pero no gubernativa, que cumple la monarquía: actuar como símbolo personificado de la unidad y permanencia en el tiempo del Estado. Así lo dice expresamente el art. 56.1 CE. Psicológicamente, los grupos humanos se aglutinan sobre la base de vínculos de diferente tipo, y suelen expresarse por medio de códigos compartidos –lengua, cultura, y muchos otros– entre los que destacan los símbolos grupales, como banderas, himnos, etc. Pero, biológicamente, en los seres sociales, como los humanos, no hay mejor signo de identidad grupal que una persona que represente la autoridad –la Jefatura; la expresión no es casual–, ocupando la cúspide del sistema, especialmente si se le atribuye algún tipo de legitimidad metafísica que justificaría su posición preeminente. El problema es que esta estructura, constante a lo largo de la historia, presente también en nuestros parientes animales más próximos, y muy útil desde una perspectiva funcional, es directamente contraria al sistema de división de poderes, de descentralización y de acceso democrático e igualitario al poder de los Estados modernos. Si uno se queda en lo aparente, no es extraño que el sistema monárquico sea considerado por una no desdeñable parte de la población como injustificable desde una perspectiva democrática.

¿Hay alguna forma de obtener lo mejor de los dos mundos, de un sistema democrático e igualitario de ejercicio del poder y a la vez de un sistema fuertemente simbólico de cohesión grupal centrado en un Jefe de Estado? Las modernas monarquías parlamentarias, presentes en algunos de los países más avanzados y democráticos del mundo, ofrecen una posible respuesta a ello, basada en la ficción de un Jefe del Estado que en realidad no ejerce ninguna de las funciones de un Jefe, pero que sí mantiene su aura simbólica de poder. Y que el modelo tiene notas plausibles se muestra en que muchos sistemas republicanos, también intachables, se aproximan a él y nombran un Jefe de Estado sin poder gubernativo (Alemania, o Italia, por ejemplo), o revisten temporal-

²⁸ Como reconoce la STC 98/2019, la posición del Rey se sitúa, *supra* partes, al margen de la distribución horizontal de poderes, y no interfiere en la dirección política.

mente al Presidente ejecutivo de una pompa simbólica similar a la de las monarquías, a la vez que mantienen un amplio sistema de contrapoderes que limitan drásticamente su poder real (así en EEUU o Francia, por ejemplo).

Todos estos sistemas parten de una *ficción de competencia*, que se hace extrema en los sistemas monárquicos. Y componente de esa ficción es declarar al Rey inviolable. Por eso, no hay aquí una ruptura real del sinalagma de responsabilidad, sino, una vez más, una quiebra solo ficticia. El sujeto competente es responsable precisamente por su competencia, pero si ésta es solo virtual, de nada ha de responder. Así que cuando el art. 56.3 CE declara que el rey no es responsable, para a continuación afirmar que «Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo...», está reconociendo paladinamente que no es que no haya correspondencia entre los dos términos del sinalagma, lo que sería inadmisibile, sino que no está presente uno de ellos: no hay competencia, así que, naturalmente, no hay responsabilidad. Y no la hay nunca, ni cuando se ejerce la Jefatura del Estado, ni cuando se pudiese perder, porque el hecho delictivo que pueda cometer el refrendante no es competencia del refrendado, igual que el hecho cometido autónomamente por el representante no es competencia del representado.

Pero, ¿es realmente ficticia la competencia? En algunos casos, como cuando el Rey es menor, y ejerce sus funciones el Regente, pero en nombre de aquel (art. 59.5 CE), la competencia del Rey es puramente ficticia, y la ausencia de responsabilidad tiene una sólida base. Pero no es así del todo cuando el Rey ejerce sus funciones constitucionales. El art. 56.3 dice que los actos del Rey carecen de validez sin refrendo, *no que no tengan validez*. Su posición es, por ello, más bien la de una competencia compartida: es competente el refrendante por su hecho, y el Monarca por el suyo, que es real y no solo simbólicamente decisivo, y que materialmente equivale a una cooperación necesaria: si el Rey no sanciona una ley [art. 62.1.a)], ésta no puede entrar en vigor; si no firma la declaración de guerra o de paz, una vez autorizada por las Cortes (art. 63.3), falta un requisito constitucional para la validez del acto²⁹.

Cuestión distinta es el efecto que puede tener esta cooperación en el ámbito de la responsabilidad penal. Si el acto refrendado fuera delic-

²⁹ Significativo fue el caso del Rey Balduino de Bélgica, que, en 1990, para no firmar una ley de despenalización del aborto contraria a su fuero interno, instó del Parlamento una declaración temporal de incapacidad, mostrando con ello que su firma al sancionar la ley no sería solo simbólica, aunque lo fuera en gran medida.

tivo (una ley o un nombramiento prevaricador, por ejemplo), ¿podría imputarse al Rey por su cooperación necesaria? La respuesta solo puede ser negativa, con los matices que luego se harán. La única manera de mantener la neutralidad del Jefe de Estado es consagrando, como de hecho hace la Constitución, una razonable limitación formal de la competencia: el Rey no responde, precisamente para que su intervención gubernativa sea meramente simbólica y la tarea de Gobierno siga recayendo en el órgano ejecutivo, el refrendante, único que debe responder.

Expresado en términos de *imputación objetiva*, la Constitución convierte la cooperación necesaria del Rey en una *conducta* estrictamente *neutral*, que no acarrea consecuencias para él. Se daría así una *prohibición de regreso* (más bien de *avance*, en este caso): solo responde el refrendante, no el refrendado. Con ello la ficción alcanza todo su poder sin las servidumbres inherente al ejercicio del Gobierno. *The King cannot do this wrong*.

Pero, en un sistema democrático, la deseable consecución de neutralidad del Rey³⁰, plasmada en la presunción normativa de incompetencia, tiene *límites*, marcados por la propia Constitución y las normas internacionales del Derecho penal humanitario que España ha suscrito. No sería atípica, y por ello, podría exigirse responsabilidad (una vez perdida la inmunidad temporal del cargo), aquella cooperación que entrañase una derogación ilegal de la propia Constitución (por ejemplo, sancionar una ley que otorgara al Rey poderes no previstos en la ley fundamental, o que privara a las Cortes o al Gobierno de los suyos), o que supusiese la comisión de un delito que es competencia de la Corte Penal Internacional (una limpieza étnica impuesta por una ley genocida; la declaración de una guerra agresiva según el art. 8 bis del Tratado de Roma, etc.)³¹. La firma por España del Estatuto de Roma de la CPI, que en su art. 27 no admite ningún tipo de inmunidad o inviolabilidad por razones ligadas al cargo, incluyendo la Jefatura del Estado³², permi-

³⁰ Sobre la neutralidad constitucional del Rey, GARCÍA, Eloy (2014), «El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la constitución», *Teoría y Realidad Constitucional* (34), 2014, pp. 295-317, esp. pp. 308 y ss.

³¹ Plantea dudas sobre la capacidad real de acción de los monarcas constitucionales de cometer estos delitos, TORRES DEL MORAL, A., «Cuarenta años de monarquía parlamentaria: (Balance)», *Revista De Derecho Político* (101), 2018, p. 48; pero, aunque el hecho pueda ser improbable, es desde luego posible.

³² El Consejo de Estado, en un escueto y no especialmente brillante Dictamen de 22 de julio de 1999 (1374/99), apuntó que no había conflicto irreductible entre la Constitución y el Estatuto de Roma, por lo que, para la firma, no era necesaria una reforma constitucional. La conclusión es correcta, pero debería haberse explicado mejor por qué, y ello quizás habría favorecido

te mantener esta interpretación, que es además plenamente coherente con los valores constitucionales. La neutralidad normativa, y con ello la incompetencia, debe ser muy amplia, pero no absoluta sin comprometer valores universales, algo que la comunidad de naciones no entendería y que tampoco se compadece con los valores básicos de nuestra norma fundamental.

2. *Actividad pública no refrendada*

Se limita, según la propia Constitución (art. 65), a la administración económica y personal de la Casa Real. También aquí podrían cometerse delitos –una administración desleal; una discriminación sexista o racista en el empleo, por ejemplo–, y en este caso no hay refrendo, porque no hay ficción alguna: el Rey decide formal y materialmente. Su conducta no es neutral, y nada impide la aplicación del principio de responsabilidad, así que, su régimen debe ser en todo idéntico al de los actos privados.

3. *Actividad privada*

Como cualquier ciudadano, el Jefe del Estado puede cometer delitos en su actividad privada, delitos que, como los de toda persona competente, son responsabilidad de su autor. Pese a ello, el art. 56.3 de la Constitución es inequívoco, y excluye cualquier punibilidad: la persona del Rey es inviolable, y no está sujeta a responsabilidad. La inviolabilidad se traduce aquí en una inmunidad absoluta de jurisdicción.

Dos cuestiones se suscitan inmediatamente ante esta exención: su fundamento y su alcance.

En cuanto al *fundamento*, queda excluida cualquier proximidad con el de los actos refrendados. Si en estos la conducta del Rey es constitucionalmente neutral, y por ello no delictiva, en los privados, o en los públicos no refrendados, no hay tal neutralidad, así que el hecho es plenamente delictivo, aunque no sea punible. La razón que explica esta amplísima inmunidad tiene que ver, de nuevo, con las singulares características de la Monarquía parlamentaria. Históricamente, la persona

una interpretación de la inviolabilidad más razonable que la que posteriormente algunos han propuesto. Crítico con el Informe, GIMBERNAT ORDEIG, E., «La inviolabilidad del Rey», en *Diario el Mundo*, 13 de noviembre de 2012; FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Diario la Ley* (como en nota 1), p. 5.

del Rey era sagrada. Todavía hoy algunas Constituciones utilizan esta expresión³³, que, en otras más modernas como la española, se sustituye por la laica inviolabilidad. El sentido de estas afirmaciones es alejar la posición del Rey de la de cualquier otra persona, de los ‘meros’ ciudadanos. Pero en la Monarquía parlamentaria todos somos ciudadanos, así que, de nuevo, tenemos aquí una pseudoficción de sacralidad que favorece la posición simbólica del Monarca como autoridad suprema, aunque su poder legal sea muy limitado (no así el fáctico, que se alimenta del simbolismo de la Corona). En esta dinámica, instituir la inviolabilidad absoluta de la persona del Rey es coherente, y es lo que hace la Constitución en el art. 56.3. Aunque el Rey cometa delitos, de la índole que sean, se excluye su punibilidad para preservar su función simbólica.

Pero esta naturaleza marca los *límites* de la inviolabilidad. La Constitución no dice que el rey sea inviolable por sus actos, sino que es su persona la que es inviolable. Y como no puede exigirse responsabilidad más que a través de la persona, la inviolabilidad desemboca en irresponsabilidad mientras se mantenga la condición de Rey. Pero, quien ya no ejerce la Jefatura del Estado, debe responderse de los delitos cometidos, como cualquier otro ciudadano. Lo contrario supondría una quiebra inadmisibles de principios absolutamente nucleares en un sistema democrático: los de responsabilidad, igualdad y tutela judicial efectiva.

Frente a ello, no es infrecuente defender la inviolabilidad absoluta utilizando un argumento analógico con la parlamentaria. Pero es que, como vimos, las diferencias entre ellas son notorias³⁴. En primer lugar, la inmunidad parlamentaria afecta a muy pocas actividades, y de importancia menor si se compara con otros posibles hechos delictivos. Pero, sobre todo, tiene por finalidad favorecer una actividad esencial en la vida parlamentaria, impidiendo que la incertidumbre sobre sus límites pueda condicionar la libertad de los parlamentarios, mientras que nada de esto hay en la inviolabilidad real. En el caso de los parlamentarios, es fácil mostrar que su deseable libertad de expresión puede verse condicionada si hay dudas sobre sus límites (que siempre las hay) y en algún momento pueden ser responsables por opiniones pasadas, mientras que no hay forma razonable de explicar que las funcionales constitucionales del Rey podrían verse afectadas si, habiendo cometi-

³³ Como, por ejemplo, el art. 5 de la Constitución de Noruega de 1814, que expresamente dice que la persona del Rey es sagrada y no puede ser censurado ni acusado, residiendo la responsabilidad en su Consejo.

³⁴ Como acertadamente apunta VIANA BALLESTER, ambas inviolabilidades pueden no ser interpretadas de la misma manera, *Inmunidades* (como en nota 6), cit. p. 66.

do, por ejemplo, un homicidio, un robo o cualquier otro delito, se le sanciona por ello cuando deja de ser Rey. Mientras lo es, su posición eminente como símbolo del Estado podría verse comprometida, de ahí la inmunidad temporal, pero después no.

Un argumento irrefutable que muestra los límites de esa analogía es que el Rey, mientras lo sea, es completamente irresponsable también por los delitos que pudiera haber cometido *antes* de ser Rey, pese a que, indiscutiblemente, no quedan amparados por inviolabilidad material alguna, y debería responder de ellos cuando cesara en la Jefatura del Estado. Por la misma razón, los delitos privados, o los públicos no refrendados cometidos mientras se es Rey, están protegidos por esa inmunidad personal mientras su autor ostente la Jefatura del Estado, pero dejan de estarlo si desaparece la condición personal de inviolabilidad. No hay ninguna función atribuida a la Jefatura del Estado que no pueda ser llevada a cabo sin cometer delitos, especialmente en este ámbito, en la que todas las cuestiones delicadas son refrendadas por otros. Por ello, puede protegerse con una inmunidad temporal el cargo frente a injerencias que podrían afectar a su función representativa, pero no mantenerse tal privilegio una vez cesada la situación que lo justificaba.

III. Concluyendo

La posición del Rey ante la responsabilidad penal es más compleja de lo que algunas interpretaciones parecen dar por sentado. Tan incorrecto es pretender que ninguno de sus actos es distinto del de cualquier otra persona, como lo contrario, que todos los son, y que no puede cometer delitos o ser nunca responsable de ellos. Su muy peculiar función constitucional, unida a su indudable condición de ciudadano, hace que sus actuaciones puedan merecer diferentes calificaciones según la esfera de actividad de que se trate.

Una interpretación conforme con los principios básicos de la Constitución –principios de responsabilidad por competencia; igualdad; y tutela judicial efectiva– obliga a distinguir la *inmunidad temporal* (inviolabilidad formal) de su persona por cualquier delito, presente o pasado (también los cometidos antes de acceder al trono), mientras ejerce la Jefatura del Estado, de la *inviolabilidad material absoluta* por los actos refrendados (salvo que entrañen una quiebra esencial del propio siste-

ma constitucional o una violación del Derecho penal internacional humanitario). El siguiente esquema final da cuenta de todo ello:

1. Delitos, de cualquier tipo, cometidos antes de acceder a la Jefatura del Estado:

- a) Son juzgables, punibles, y es ejecutable la sanción antes de adquirir la condición de Rey, o después de perderla, sin restricción alguna (más que el eventual aforamiento que pudiera contemplar la ley).
- b) Gozan de inmunidad absoluta de jurisdicción y de ejecución de la pena mientras el Rey ostenta la Jefatura del Estado.

2. Delitos, de cualquier tipo, cometidos después de perder la condición real, por abdicación, deposición, etc.

- a) Son juzgables, punibles, y es ejecutable la sanción sin más restricciones que el aforamiento.

3. Delitos cometidos durante el ejercicio de la Jefatura del Estado. Aquí es preciso distinguir:

- a) Refrendados, pero no abiertamente inconstitucionales: gozan de inviolabilidad material absoluta porque son conductas de participación constitucionalmente neutrales, y por ello atípicas.
- b) Refrendados y netamente inconstitucionales o constitutivos de crímenes internacionales competencia del TPI: gozan de inmunidad de jurisdicción española (no internacional, en el caso de estos últimos) completa mientras su autor ostente la condición real como Jefe del Estado; una vez perdida, son enjuiciables, punibles y es ejecutable la sanción.
- c) Públicos no refrendados (administración de la Casa Real): mismo régimen que b) (salvo en lo que se refiere a la competencia del TPI).
- d) Privados: mismo régimen que b) y c).

El esquema propuesto ofrece una interpretación constitucional de la inviolabilidad del Rey que, a la vez que mantiene con la menor pérdida posible los principios básicos de responsabilidad, igualdad y tutela judicial efectiva, permite proteger las altas y singulares funciones que la propia Constitución le atribuye en el seno de un Estado social y democrático de Derecho, pero sin olvidar que, como cualquier ciudadano, *The King can do wrong*.

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: NOTAS METODOLÓGICAS, POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS

VINCENZO MONGILLO

Professore ordinario di Diritto penale.

Università degli studi di Roma Unitelma Sapienza

Entre la Universidad de Castilla-La Mancha y las Universidades Sapienza y Unitelma Sapienza de Roma se ha establecido en la última década un diálogo muy fructífero sobre cuestiones tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la lucha contra la corrupción, el trabajo forzado, la delincuencia de las empresas multinacionales, y otros temas de gran actualidad. Sin duda alguna, este intercambio cultural ha redundado en beneficio de todos y, por supuesto, el mío.

Un pilar de este fecundo diálogo ha sido el Profesor Luis Arroyo Zapatero, junto a los brillantes estudiosos de su Escuela de Castilla-La Mancha, comenzando por Adán Nieto Martín.

Por todo ello este escrito quiere ser expresión de mi agradecimiento al profesor Luis Arroyo Zapatero por las numerosas iniciativas científicas que hemos compartido en los últimos años, en España e Italia, en las que este distinguido Maestro de las disciplinas penales ha impartido enseñanzas fundamentales a muchos jóvenes penalistas que, como yo, se han beneficiado enormemente de sus magistrales lecciones, como la que versó sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Península Ibérica, que tuve la oportunidad de escuchar en Roma en mayo de 2011¹.

¹ L. ARROYO ZAPATERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nella penisola iberica*, en A. Fiorella-A. M. Stile (Eds.), *Corporate criminal liability and compliance programs: First colloquim*, Napoli, 2012, pp. 107 ss.

I. Cuatro cuestiones fundamentales

En esta contribución me propongo tratar el tema de la «*Responsabilidad penal entre el individuo y la persona jurídica*», es decir entre el individuo culpable y la organización. Este es también el título de una de mis monografías de 2018 de la que proceden buena parte de las siguientes reflexiones². Obviamente, no podré exponer todos los temas tratados en este volumen; ni, por razones de espacio, puedo incluir en este trabajo todas las citas bibliográficas que serían necesarias.

A continuación, me limitaré a abordar brevemente *cuatro cuestiones* que se refieren a la estructura de la infracción (o si se prefiere, del delito) de la persona jurídica y su relación con la responsabilidad penal individual³.

a) El primer problema que quiero tratar es *metodológico*: el método a seguir para comprender y reconstruir la responsabilidad de la persona jurídica;

b) En segundo lugar, intentaré delinear –según un enfoque teleológico– los *principios* y *valores* en torno a los cuales construir una explicación sistemática y dogmática satisfactoria de la infracción de la persona jurídica, que –lo digo de inmediato– imagino como una verdadera infracción penal (o «para-penal» o «punitiva»: la etiqueta legal tiene importancia secundaria) *autónoma*, aunque no del todo independiente del hecho individual;

c) En cuanto a la estructura de la infracción de la persona jurídica, propondré una *teoría bipartita*, que divide esta infracción en *dos elementos*: el *hecho objetivo de desorganización* y la *exigibilidad subjetiva* de una organización conforme al estándar objetivo de cuidado;

d) Por último, me referiré al problema de la distribución de responsabilidades entre la persona física como centro tradicional de imputación penal y la persona jurídica como nuevo protagonista supraindividual del derecho penal (o para-penal). La responsabilidad penal/punitiva de la persona jurídica es una nueva forma de responsabilidad que *no sustituye* a la tradicional individual y, por tanto, plantea una fundamental pregunta nueva: la cuestión de una justa imputación y reparto de responsabilidades por la comisión de delitos entre el indivi-

² V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

³ Sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también Adán Nieto Martín ha escrito una formidable monografía: A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

duo y la persona jurídica. Esta cuestión «distributiva» es bastante compleja, sino en mi opinión vital desde la perspectiva político-criminal. Sin embargo, la doctrina penal continental, debido al prolongado descuido de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solo recientemente ha comenzado a abordar esta cuestión.

II. Una «abrumadora corriente» a nivel mundial: la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La introducción de la responsabilidad de los entes colectivos, en muchos sistemas jurídicos de *civil law*, ha supuesto «la transformación más significativa que ha experimentado el derecho penal en los últimos cincuenta años»⁴. La revolución ha sido repentina, pero no extemporánea o fortuita: como es sabido, fue impulsada por *inputs* supranacionales y se afianzó por la necesidad político-criminal de una lucha más efectiva contra la criminalidad corporativa en la era de la globalización económica.

Por todo ello puede decirse que el nuevo paradigma punitivo de las personas jurídicas ha emergido como una abrumadora corriente a nivel mundial en los últimos veinte años, que ha alcanzado a todos los países de derecho continental.

Una encuesta de la OCDE que data de 2016⁵ reveló que de los 41 Estados parte (hasta el 2016) de la Convención de 1997 contra la Corrupción Internacional de la misma OCDE, 29 de ellos (alrededor del 70%: por ejemplo, EE. UU., España, Francia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Finlandia) han optado por un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza penal; mientras que 11 países prevén formas de responsabilidad «para-penal» (por ejemplo, Italia, Austria, Polonia) o administrativa en sentido estricto (por ejemplo, Alemania, Grecia). Como es de suponer, desde entonces, la responsabilidad (expresamente) penal de las personas jurídicas se habrá extendido todavía a más ordenamientos.

Además, en los mismos años en que los países de *civil law* reconocieron la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Estados Unidos, el máximo impulsor de la nueva tendencia, comenzó a reflexionar sobre la necesidad de revitalizar la responsabilidad penal individual en el sector

⁴ F. PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 118.

⁵ OECD, *The Liability of Legal Persons: A Stocktaking Report*, 2016.

de los delitos económicos, a menudo eludida mediante el uso extensivo de los famosos *deferred prosecution agreements* (acuerdos de enjuiciamiento diferido) firmados por las *corporations* y los fiscales federales⁶.

Resumiendo, casi todos los países del mundo prevén hoy formas de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos y la mayoría de carácter penal en sentido estricto.

Sin embargo, los modelos de responsabilidad empresarial por la comisión de delitos siguen estando *muy diversificados*, mucho más que en el derecho penal individual.

En 2001, Italia acuñó un modelo de responsabilidad corporativa basado en la falta de organización interna, que está resultando especialmente atractivo a nivel internacional (Decreto Legislativo n.º 231/2001). Este modelo fue adoptado también en España en dos etapas: en 2010 y sobre todo en 2015 con la Ley Orgánica 1/2015⁷.

Desde estas premisas, aquí me propongo abordar *problemas de método y estructura* de la responsabilidad de la entidad colectiva, también en sus relaciones con la responsabilidad individual. Es imposible tratar estos temas desde una perspectiva «localista». Por una parte, el derecho penal está hoy inmerso en una dimensión supranacional; por otra parte, las cuestiones que tengo que tratar tienen una *vocación universal*: son comunes tanto a los sistemas jurídicos de *common law* como de *civil law*.

III. La utilidad del método teleológico

Empezaré, entonces, con las *cuestiones de método*, con las coordenadas metodológicas.

Personalmente, creo que el método a seguir para llegar a una sistemática racional, coherente y capaz de orientar la praxis judicial es el *teleológico* que parte de la identificación de principios y valores políti-

⁶ *Amplius*, N. SELVAGGI-FIORELLA, *Dall' «utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Torino, 2018, pp. 31, 130 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., pp. 290 ss. En la literatura americana, por todos, J. ARLEN, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Corporate Criminals Into Corporate Cops*, <https://papers.ssrn.com/>, 2019, pp. 1 ss.

⁷ J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*, en *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Valencia, 2014, pp. 19-24; J. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales», en *La Ley*, 2015, n. 6051, p. 13.

co-criminales superiores en torno a los cuales construir la responsabilidad de la persona jurídica⁸.

En mi monografía me propuse exactamente la construcción de una sistemática teleológica de la infracción corporativa.

En la *dimensión en red* del derecho que concierne a nuestra época jurídica, los *principios clave* no solo están consagrados en las cartas constitucionales sino también en las cartas de derechos supranacionales europeas: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Carta de Niza), que, por supuesto, son también aplicables a las personas jurídicas.

Esta perspectiva de análisis parte de dos *premisas tácitas*:

– la cuestión nominalista debe ser redimensionada⁹, para adoptar un *enfoque tipológico-sustancial* en lugar de típico-formal;

– incluso cuando la responsabilidad de la entidad colectiva –como ocurre en Italia– se califica de «administrativa», ciertamente pertenece a la «*matière pénale*» en el sentido más amplio europeo, en consideración a su marcada afflictividad, así como a la competencia del juez penal para evaluar la responsabilidad de la persona jurídica e imponer sanciones corporativas.

Esta impresión se ve corroborada por el *análisis comparativo*¹⁰: cualquiera que sea la etiqueta adoptada por los legisladores nacionales, la cuestión de la «*verdadera naturaleza*» de la responsabilidad se debate en todas partes.

Como he dicho antes, la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos es denominada en la mayoría de los países como «penal» en sentido estricto.

⁸ Con referencia al derecho penal individual, véase el *Berliner Programm* de Claus Roxin de 1970: C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, 2.ª ed., 2006.

⁹ Así también A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, cit., p. 19 (nota 10) critica el «mal del nominalismo».

¹⁰ Cfr. M. Pieth-R. Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011; A. Fiorella (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. 1: *Liability «Ex Crimine» of Legal Entities in Member States*, Napoli, 2012; vol. 2: *Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012; G. VERMEULEN, W. De BONDY, C. RYCKMAN, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Antwerp, 2012; OECD, *The Liability of Legal Persons*, cit.; COUNCIL OF EUROPE, *Liability of Legal Persons for Corruption Offences*, 2020.

Este también es el caso en *España*. Sin embargo, insignes penalistas españoles afirman que la responsabilidad de las personas jurídicas en España de «penal» solo tiene el nombre¹¹.

Del mismo modo, muchos académicos italianos sostienen que la responsabilidad de la entidad colectiva en *Italia* en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001 tiene de administrativo solo la calificación nominal de la ley¹². Otros autores creen que el problema nominal no es tan importante como parece. La jurisprudencia dominante lo define como un «tercer género» (*tertium genus*) de responsabilidad¹³.

Para dar otro ejemplo, en 2016, el Tribunal Constitucional de *Austria* declaró que la responsabilidad de la entidad colectiva en este país –muy similar a la disciplina italiana porque el legislador decidió regularla en una ley especial sin calificarla de «penal»– es sin embargo una *responsabilidad* «penal», pero *sui generis*, por lo que el principio de culpabilidad específicamente válido para las personas físicas no se aplica a ella¹⁴.

Personalmente creo que en el caso de la responsabilidad de la persona jurídica debemos evitar tanto una lógica dicotómica que requiere una elección entre dos opuestos –penal/administrativo– como, por así decirlo, la visión aristotélica del «justo término medio» entre dos extremos. La responsabilidad de la persona jurídica es realmente un *tertium genus* pero no en el sentido de una solución intermedia entre dos polos, representados por el derecho penal, por un lado, y el derecho administrativo sancionador, por otro. La responsabilidad de la entidad

¹¹ V. GÓMEZ MARTÍN, «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “Societas delinquere non potest”», en S. Mir Puig-M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012, pp. 331 ss.; R. ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, La Ley*, n. 7705, 29 de septiembre de 2011, pp. 1 ss.; L. GRACIA MARTÍN, «La naturaleza jurídico-civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», en E. Gimbernat Ordeig et al. (ed.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann*, t. II, Lima, 2014, pp. 107 ss. Véase también J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Montevideo, 2013, pp. 277 ss., según el cual las penas aplicables a las personas jurídicas son ««penas» distintas y no solo «separadas» da las que corresponden a las personas físicas».

¹² G. DE SIMONE, «I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti», en Garuti (ed.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pp. 79 ss.; V. MAIELLO, «La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una “truffa delle etichette” davvero innocua?», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 879; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 2002, Milano, p. 86; C. E. PALIERO, «La società punita: del come, del perché, e del per cosa», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 s. La responsabilidad de la persona jurídica es «administrativa» según G. MARINUCCI, «“Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1202 ss.; M. ROMANO, «La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni, profili generali», en *Riv. soc.*, 2002, p. 400.

¹³ Cass., sez. un., 24.04.2014, n. 38343, en *CED Cass.*, rv. 261112-01 (*caso ThyssenKrupp*).

¹⁴ VfGH, 2.12.2016, G 497/2015 e 679/2015, § 3.2.3, n. 50.

colectiva por la comisión de delitos responde a un *paradigma punitivo autónomo*. Esta tiene sus características, sus garantías, sus categorías dogmáticas, que también podemos construir explotando, por así decirlo, las «economías de escala» conceptuales, es decir, recurriendo a la elaboración dogmática tradicional del delito individual, pero sin buscar paralelismos estériles y a veces incluso extraños, como cuando se habla de la intención de la persona jurídica: el dolo, como elemento psicológico, es un estado mental; solo se puede hablar del mismo respecto de individuos o grupos de individuos de carne y hueso.

La *sistemática* de la responsabilidad de la entidad colectiva, en cambio, puede y debe construirse a partir de la Constitución y de las Cartas de derechos supranacionales, a través de una hermenéutica, incluso refinada, de estas fuentes, pero adaptando los principios penales y los derechos fundamentales a la naturaleza peculiar de la entidad colectiva.

Por lo tanto, la doctrina debe desempeñar su papel en esta materia, superando el método técnico-jurídico o meramente exegético que ha prevalecido hasta ahora en los comentarios sobre la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas.

IV. Los principios y valores normativos básicos de la responsabilidad penal/punitiva de la persona jurídica

A la luz de las anteriores consideraciones, a continuación, expongo los *principios y valores normativos* en torno a los cuales, en mi opinión, se puede reconstruir desde un punto de vista teleológico, la infracción de la persona jurídica, para luego tratar de poner de relieve las consecuencias que se derivan de ella en un sistema en el que el fundamento de la responsabilidad de la empresa no se halla en la mera comisión de un delito en beneficio de la empresa, sino en el vacío organizativo que ha permitido o facilitado significativamente la comisión del delito ventajoso para aquella.

1. Equilibrio proporcionado entre la libertad de autoorganización de la entidad colectiva y las necesidades preventivas

El *primer principio* expresa la dialéctica entre dos *exigencias opuestas*.

En particular, debe establecerse un *equilibrio razonable* entre la libertad de autoorganización de la entidad colectiva y la necesaria pre-

vención del delito (necesidad que en la Constitución italiana se desprende del art. 41¹⁵). Esto significa que la actividad de empresa es una actividad de riesgo, de modo que debe identificarse el límite del «*riesgo permitido*»¹⁶. Sin embargo, este límite debe fijarse de manera *razonable* y *proporcionada*, a fin de que sea compatible con los objetivos primarios de cualquier entidad legal, que en el caso de una entidad empresarial es obtener beneficios.

2. *Finalidad de las sanciones corporativas: prevención y reparación*

En un segundo orden de ideas, es preciso hacer mención a la *finalidad de las penas (o sanciones) corporativas*: aspecto que siempre desempeña un papel central en cualquier sistemática teleológica.

Las sanciones corporativas tienen fines *general-preventivos*, disuasorios y pedagógicos, pero también, y, sobre todo, fines *especial-preventivos* a los que debe apuntar la reorganización de la persona jurídica en caso de delito, la *reparación* de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito y la *restitución* del beneficio ilícitamente obtenido.

La *prevención* (general y especial) y la *reparación* son los dos pilares en los que también se apoya nuestro Decreto Legislativo n.º 231/2001. El objetivo básico del sistema de responsabilidad del ente colectivo es el cumplimiento penal *ex ante* (preventivo) y el cumplimiento penal *ex post* (reparador).

La *reorganización* corresponde –*mutatis mutandis*– al ideal reeducativo afirmado, respecto a las personas físicas, por el art. 27, apartado 3, de la Constitución italiana y 25.2 de la Constitución española.

Las sanciones destinadas a la entidad colectiva deben ser obviamente *proporcionadas* en relación con la *gravedad de la infracción* y no pueden imponerse dos veces por la misma infracción (*ne bis in idem*): principios que se pueden deducir en el sistema italiano del art. 3 Const.

¹⁵ «1. La iniciativa económica privada es libre. 2. No puede llevarse a cabo en oposición al interés social o de tal modo que inflija un daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. 3. La Ley establece los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda coordinarse y dirigirse a fines sociales.»

¹⁶ Cfr. A. FIORELLA, «Responsabilità da reato degli enti collettivi», en A. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5104; V. MONGILLO, «Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione», en *La resp. amm. soc. enti*, 2011, n. 3, pp. 72 s. G. DE SIMONE, «Il “fatto di connessione” tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, n. 1/2, p. 89: «Aumento (*rectius*, no disminución) del riesgo».

(art. 14 Const. española ¹⁷) y a nivel supranacional de los artículos 49 y 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

3. Principio de legalidad

Otro criterio clave es el *principio de legalidad* de la infracción y de las penas (o sanciones) aplicables a la entidad colectiva (apartado 2 del art. 25 Const. italiana o apartado 1 del art. 25 Const. española; art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Este principio, en mi opinión, *se traduce en dos máximas* verdaderamente cruciales en esta materia.

A. DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LAS MEDIDAS ORGANIZATIVAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

El primer postulado es el de la necesidad de *determinación suficiente* de las medidas cautelares empresariales dirigidas a la prevención del riesgo de delitos.

La afirmación de que un deber de organización totalmente indefinido puede violar principios fundamentales, incluso constitucionales, ya ha sido manifestada por los jueces constitucionales de algunos Estados, como el *Tribunal Constitucional de Polonia* en 2004 ¹⁸, o recientemente –aunque fuera de la responsabilidad penal de las personas jurídicas– por el *Tribunal Constitucional de Francia* ¹⁹, en particular en relación con las obligaciones de vigilancia del respeto de los derechos humanos en la cadena de suministro impuestas a las grandes empresas multinacionales francesas por la Ley n.º 2017-399, de 27 de marzo de 2017, que en todo caso no prevé una forma de responsabilidad penal o administrativa, sino únicamente la posibilidad de interponer una acción civil por parte de los perjudicados contra la empresa multinacional.

¹⁷ En el derecho penal español el *ne bis in idem* se deduce también del principio de legalidad (art. 25 CE).

¹⁸ Tribunal constitucional polaco, 3 de noviembre de 2004, K 18/03, http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_03_GB.pdf.

¹⁹ Conseil Constitutionnel, 23 de marzo de 2017, n. 2017-750, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>.

El legislador italiano ha optado por un paradigma de *culpa organizzativa tendenzialmente specifica* (es decir: no del todo genérica) de la entidad colectiva²⁰. La descripción de los *requisitos de idoneidad/adecuación* del programa de cumplimiento –como en España, que ha asumido la disciplina italiana al respecto– es ciertamente menos «genérica» que en muchos otros sistemas jurídicos: pienso, por ejemplo, en el sistema suizo, que se limita a exigir «medidas organizativas razonables e indispensables para prevenir el delito» (art. 101, apartado 2, C. P.).

Sin embargo también en el sistema italiano, como en el español, la descripción de los requisitos de idoneidad del modelo organizativo es muy *elástica*. Esa es una fuente de inseguridad jurídica y de escasas garantías y previsibilidad en cuanto a la valoración judicial del *compliance program* adoptado.

El problema surge de la *extrema variedad* de las organizaciones, en consideración al tipo, sector de producción, tamaño, etc.

Frente a ello, el objetivo de una determinación suficiente solo puede perseguirse mediante un *sistema de reglas «multi-nivel»*: un sistema, por así decirlo, con círculos concéntricos, capaz de garantizar una *flexibilidad estructurada*, en el cual:

a) El núcleo central (*círculo interno*) está formado por las leyes y reglamentos de derecho imperativo (*hard law*), que establecen los requisitos mínimos y los objetivos esenciales del modelo de organización, que incluso pueden diferenciarse por tipo de delito;

b) El *círculo intermedio* está constituido por normas no vinculantes (*soft law*) emitidas por autoridades públicas (por ejemplo, las directrices de la Agencia nacional anticorrupción italiana –ANAC para las empresas bajo control público o de la Agencia Francesa de Lucha contra la Corrupción) o por organismos privados de estandarización o asociaciones representativas de empresas o empleadores (códigos de conducta de las asociaciones comerciales validados por el Ministerio relevante, normas técnicas ISO, etc.);

c) La *best practice* es el anillo más externo. No debemos temer esta expresión, como si quisiéramos imponer una perfección utópica. Debemos referirnos siempre a medidas realistas, ya experimentadas en el mundo empresarial y respetuosas de los antedichos requisitos de *razonabilidad* y *proporcionalidad*. Los mejores protocolos no son los mejores en sentido absoluto: son los que son capaces de adaptarse a las necesi-

²⁰ Para más detalles, V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., pp. 203 ss.

dades de la actividad productiva, un poco como en la selección natural las especies que sobreviven las que mejor se adaptan al entorno. No podemos olvidar que vivimos en una economía capitalista; por lo que no podemos renunciar a la «lógica de la ganancia», que, en concreto equivaldría a renunciar del todo a la economía capitalista. De momento, ni es posible ni deseable.

Por consiguiente, las medidas preventivas que forman parte de los modelos organizativos de las empresas difícilmente pueden eliminar totalmente el riesgo de comisión de delitos, que es un riesgo de comportamiento humano delictuoso; solo *pueden reducirlo a un umbral aceptable*. ¡Está claro que la única manera de eliminar completamente el riesgo de delito es bajar las persianas de la empresa!

Sin embargo, hay que decir que el principal problema del cumplimiento penal hoy en día es el frecuente uso en la práctica de *medidas organizativas* poco creíbles, a menudo «cosméticas» o puramente «en papel», que no se aplican realmente en la actividad empresarial.

B. VERIFICABILIDAD EMPÍRICA DE LA CULPABILIDAD DE ORGANIZACIÓN

El segundo postulado igualmente trascendental (en general y en particular en esta materia) del principio de legalidad es el de la *verificabilidad empírica y judicial* de los requisitos de responsabilidad de la persona jurídica. Estos requisitos, en un modelo de responsabilidad *propia* y no (meramente) derivada (este es sin duda el caso de Italia y España), deben incluir también la llamada *culpabilidad de organización* (*Organisationsverschulden*²¹) de la persona jurídica.

Para abordar adecuadamente la mencionada perspectiva de análisis, debemos preliminarmente aclarar el *fenómeno social* al que nos referimos: la entidad colectiva o persona jurídica.

La persona jurídica tiene dos caras, ya que es a la vez abstracción jurídica y colectividad real de personas de carne y hueso, que interactúan diariamente, y dan vida a algo que va más allá de la mera suma de las partes.

²¹ Pionero, K. TIEDEMANN, «Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en *NJW*, 1988, p. 1172.

Desde este punto de vista, surge una *cuestión epistemológica pre-jurídica*, que concierne precisamente a la comprensión y explicación de los fenómenos colectivos.

La impresión que he adquirido a lo largo de los años es que, en la raíz de casi todas las incertidumbres relacionadas con la estructura de la responsabilidad corporativa está la *tensión dialéctica* entre las *visiones individualista y holística* de los fenómenos colectivos u organizacionales.

En mi monografía sobre la relación entre la responsabilidad penal individual y la responsabilidad corporativa, previamente mencionada, decidí adherirme a una *interpretación individualista*. Sin embargo, esta toma de posición necesita una aclaración.

El individualismo al que me refiero es el *individualismo metodológico*, que tuvo entre sus máximos exponentes a autores como los austríacos Hayek, Popper, Mises, el alemán Weber, el francés Boudon, o el italiano Antiseri²².

Por tanto, no me adhiero al individualismo *político-ideológico* que en los dos últimos siglos ha prevalecido en el derecho penal y ha llevado a creer que la persona física es la única capaz de responsabilidad y sanción penal: *societas delinquere et puniri non potest*.

Ni siquiera comparto el individualismo *ontológico*, según el cual no hay realidades o fenómenos sociales, sino solo hombres de carne y hueso, como átomos solitarios y desvinculados.

Por el contrario, el individualismo metodológico no niega la existencia de fenómenos colectivos, sino que se propone como *método de comprensión, modelización y explicación* de dichos fenómenos.

Ahora bien, el individualismo metodológico, rechaza dos postulados del *holismo metodológico*. Niega la existencia de características de la entidad social que trascienden totalmente a los miembros individuales; y también niega que fuerzas impersonales, casi misteriosas, pertenecientes a una comunidad puedan condicionar, o incluso determinar, la conducta individual. El condicionamiento del individuo que opera en una organización es siempre el resultado de la interacción –a veces muy compleja– entre individuos.

En el campo de la responsabilidad corporativa, el individualismo metodológico rechaza cualquier concepción holística de la culpabilidad del ente colectivo, conceptos que en muchos casos son metafóricos y en ocasiones conducen a la «poesía jurídica»²³.

²² En detalle, V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., cap. I.

²³ Luis Gracia Martín, fallecido recientemente, tenía razón en este punto, aunque su posición fue quizás demasiado radical, tanto que el incluso negó la posibilidad de una responsabilidad

La idea más explotada por los penalistas de orientación holística es la de la *culpabilidad colectiva* entendida como expresión de una identidad, una historia y una cultura de la persona jurídica, en particular de una «cultura desviada», de una cultura o actitud criminal (*criminal organizational culture; kriminelle Verbandsattitüde*).

El penalista no puede pensar en resolver disputas ontológicas. Pero, partiendo del principio de *verificabilidad empírica/judicial*, el dogmático de derecho penal puede observar que el concepto de «cultura organizacional desviada», como base de la responsabilidad de la persona jurídica, es impracticable.

A este respecto los sociólogos de las organizaciones se refieren sobre todo a los «*supuestos tácitos compartidos*» dentro de una organización²⁴. Una especie de condición impalpable, inaprehensible, pero generalizada en todos los niveles de la empresa; una *fuera impersonal* e imperceptible²⁵, y sin embargo capaz de guiar u orientar el comportamiento de los individuos.

En mi opinión, unos elementos impersonales de tal naturaleza, aunque realmente existan, serían en el mejor de los casos intuitivos pero *nunca* verificables objetivamente, con las pobres herramientas del juicio penal y de acuerdo con el estándar probatorio del proceso criminal: «más allá de cualquier duda razonable» (*beyond any reasonable doubt*).

Todo lo que no se puede probar en el proceso penal está fuera del horizonte epistémico del derecho penal informado, a nivel sustantivo, por el principio de legalidad (y todos sus corolarios) y, a nivel procesal, por el derecho a ser escuchado. De lo contrario, ¿cuál debería ser el objeto del procedimiento contradictorio: los supuestos tácitos compartidos de los que hablan los teóricos de la cultura organizacional? Estoy convencido de que esta perspectiva sería estéril.

A día de hoy el único verdadero ejemplo normativo, a nivel internacional, de *corporate liability* basada en el criterio de la cultura empresarial es el *Código Penal Federal de Australia* de 1995 (que solo se refiere a los delitos federales). En el marco de este *corpus* normativo, sin embargo, la cultura corporativa no es un criterio exclusivo sino alternativo al de la identificación orgánica; además, solo se aplica a los delitos

administrativa sancionadora autónoma de la persona jurídica: *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*, en REC. P. C 18-05, 2016.

²⁴ Cfr. E. H. SCHEIN, *Cultura d'impresa*, trad. it., Milano, 2000, pp. 18 ss.; *id.*, *Cultura d'azienda e leadership: Una prospettiva dinamica* (1985), Milano, 1990; *id.*, «Organizational Culture», en 45(2) *American Psychologist*, 1990, pp. 109 ss.

²⁵ H. MINTZBERG, *Management. Mito e realtà*, trad. it., Torino, 1991, p. 134.

intencionales (cfr. § 12.3, *Division 12, Part 2.5: Corporate criminal responsibility, Chapter 2: General principles of criminal responsibility*). De todas formas, en mi opinión, no es sorprendente que, hasta ahora, el criterio de cultura corporativa no haya tenido ninguna aplicación concreta y, por lo tanto, ninguna experiencia aplicativa. A pesar del interés científico que ha despertado a nivel internacional, esencialmente este modelo de imputación falló en el momento de la prueba más severa y realmente decisiva, la de la aplicación.

El individualismo metodológico (Popper por ejemplo), nos enseña que podemos probar empíricamente solo aspectos particulares y comprensibles de una organización²⁶. Esto también se aplica a la verificación judicial. En el caso de la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica los aspectos relevantes son aquellos que denotan el *defecto interno* de la organización (*organizational fault*). Así, por ejemplo: la existencia dentro de la empresa de un sistema de incentivos demasiado exigente y por ello criminógeno; la ausencia o insuficiencia de protocolos preventivos; deficiencias en los sistemas y estructuras de gestión de riesgos penales; la ausencia de sistemas disciplinarios internos y canales de denuncia (*whistleblowing*) efectivos; la ausencia de reglas claras o controles efectivos.

Esta es la razón por la que la elección pionera del legislador italiano se ha convertido en un modelo exportador: ¡es una solución no solo fascinante sino también practicable!

4. *Principio de personalización y subjetivación de la responsabilidad de la persona jurídica*

Con estas premisas, podemos pasar al último principio a tratar, que es fundamental para definir la estructura que debe asumir el delito corporativo: el que podemos llamar –buscando correspondencias funcionales y no superposiciones falaces con los principios básicos del derecho penal individual– *principio de personalización y subjetivación* de la responsabilidad de la persona jurídica (principio tomado del art. 27, apartado 1, Const. italiana).

No pretendo detenerme demasiado en la insuficiencia del paradigma de *identificación orgánica*, tanto en la versión continental (la teoría orgánica o de órganos) como en la versión anglosajona

²⁶ K. POPPER, *Miseria dello storicismo* (1944), trad. it. Milano, 2008, pp. 87 ss.

(*identification theory*). Para satisfacer las exigencias constitucionales de la personalidad de la responsabilidad, este modelo se basa en una mera ficción jurídica: el individuo-órgano se identifica con la entidad a la que pertenece.

Sin embargo, el modelo de la identificación está viciado por una manifiesta incoherencia lógica, como ya reconoció VON BAR en la doctrina alemana de principios del siglo xx²⁷. En efecto, si la *voluntas* del órgano coincide jurídicamente con la del ente al que pertenece, se debe negar al órgano una subjetividad autónoma y la posibilidad concurrente de infringir la norma penal. Esa norma se dirigiría exclusivamente a la persona jurídica, de modo que la persona física sería un «no-sujeto» con respecto a ella. En consecuencia, el castigo cumulativo de la persona física, además de la persona jurídica, infringiría el principio de la personalidad de la responsabilidad penal en relación con esta; o, desde otra perspectiva, el órgano sería castigado dos veces por el *idem factum*: una vez como persona física, otra vez como (coincidiendo con la) entidad.

Además, a nivel empírico, el modelo de identificación funciona mejor en los casos en que la responsabilidad de la entidad colectiva es menos necesaria: empresas pequeñas y muy pequeñas²⁸.

Para evitar estos inconvenientes, desde el punto de vista de la teoría general de la infracción del ente colectivo, propongo un *modelo analítico bipartito* basado en dos elementos: 1. El *hecho imprudente de objetiva desorganización relacionada con el delito* cometido por una persona física; y 2. La *exigibilidad subjetiva* de una organización conforme a los estándares objetivos de diligencia corporativa.

La terminología –objetivo/subjetivo– es convencional, como siempre sucede en la dogmática (penal). En lugar de exigibilidad subjetiva, podríamos también decir «momento de mayor personalización de la imputación»²⁹ dirigida a la entidad. En todo caso, lo realmente fundamental es que el sistema propuesto sea riguroso y coherente en su conjunto. Los dos términos, objetivo y subjetivo, se pueden rellenar de contenido mediante una definición estipulativa no falaz.

²⁷ C. L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, pp. 133 ss., 152.

²⁸ En el mismo sentido, J. GOBERT, «Corporate Criminal Liability: Four Models of Fault», en *14 Legal Studies*, 1994, pp. 393 ss.

²⁹ Terminología que, en la doctrina italiana, por ejemplo, M. DONINI prefiere, hablando de responsabilidad penal individual: «Teoria del reato», en *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 276 s.

A. EL HECHO DE LA DESORGANIZACIÓN: EL DÉFICIT OBJETIVO DE AUTOORGANIZACIÓN EN RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DE LA INFRACCIÓN CORPORATIVA

Comencemos con el *elemento objetivo* de la infracción corporativa.

Este elemento no se reduce al (mero) delito individual cometido en interés o en beneficio de la entidad colectiva, sino que alude a la *contribución* de la organización a su comisión, por medio del incumplimiento de las medidas preventivas adecuadas a las que está obligada la entidad-modelo. El primer elemento, por lo tanto, es el *déficit objetivo de autoorganización* o la objetiva desorganización.

Este elemento está en consonancia con la nueva filosofía de cumplimiento penal (*criminal compliance*), centrada en la prevención *ex ante*, o la reparación *ex post* en caso de delito ya cometido.

En el caso de un delito apical podríamos afirmar que se presume la falta de organización. Esta es una presunción *iuris tantum*, por lo tanto no absoluta. Toda *presunción legal* se refiere a cuestiones de prueba y no a la estructura de la responsabilidad; por lo tanto puede dar lugar a una inversión de la carga de la prueba³⁰.

Pero, ¿en qué términos podemos hablar de «hecho de la entidad», de «contribución» del ente colectivo, de «complicidad» corporativa en la realización del delito? Ciertamente no podemos hablar de ello en el sentido de un hecho independiente del comportamiento humano. Una persona jurídica, como hemos dicho, no puede organizarse, no puede perseguir sus objetivos, ni puede omitir medidas preventivas sin la contribución de los seres humanos.

El individualismo metodológico, una vez más, nos indica la unidad de observación decisiva: las *relaciones e interacciones*, diacrónicas y sincrónicas, entre los componentes individuales de una colectividad y las *consecuencias* que se derivan de esta interacción.

Así pues, el *elemento de desorganización* de la entidad es un *mixtum compositum* y no se reduce a la vigilancia omitida del jefe o de un órgano colegial en la cima de la organización. La «laguna organizativa»³¹ el

³⁰ Sobre las «presunciones legales», que pertenecen a la regulación de la carga de la prueba, ver, para todos, M. TARUFFO, «Presunzioni: I-Diritto processuale civile», en *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pp. 1 ss.

³¹ Sobre este concepto (*lacuna organizzativa*), v., por ejemplo, A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità «aggregata» del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, pp. 111 ss.; sobre la «culpa de organización» en la doctrina italiana, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di «colpa di organizzazione» nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

producto de un mecanismo social agregado, en particular la *interacción disfuncional de los individuos* que operan en él, una disfunción que ha creado o dejado importantes vacíos organizativos que facilitan la comisión de delitos o incluso podría haberlos fomentado.

Bernd Schünemann en Alemania parte de una consideración similar, pero para criticar y desacreditar el concepto de *Organisationsverschulden*, tras el cual, según él, de hecho, se esconden decisiones organizativas incorrectas de los individuos³².

Ciertamente se puede debatir si esta realidad es insuficiente para establecer una responsabilidad penal en sentido estricto de la entidad colectiva o si hablar de culpabilidad de la persona jurídica, en este caso, representa una «contaminación semántica del lenguaje».

Sin embargo, esta forma de abordar el problema de la responsabilidad de la organización, en mi opinión, descuida tres hechos:

a) El déficit organizativo imputable a la entidad colectiva no se reduce en modo alguno al denominado «hecho de conexión» (*Anknüpfungstat*) y la culpa de su autor físico;

b) La *dominabilidad del riesgo de comisión de delitos* individuales, según la lógica de los sistemas de cumplimiento penal, normalmente tiene una *dimensión multi-subjetiva o pluripersonal*; no es la dominabilidad de un individuo aislado, aunque sea en una posición muy alta o apical (el CEO). Las deficiencias atribuibles a múltiples sujetos pueden dar lugar a algo más que a la mera suma de los componentes individuales: un *defecto organizativo sistémico*. Podemos pensar en: la falta de provisión de protocolos preventivos eficaces; la falta de supervisión del superior directo sobre el subordinado; la falta de supervisión o la supervisión ineficaz del organismo de vigilancia o su falta de instauración³³; la falta de sanciones disciplinarias; la falta de canales de denuncia de infracciones dentro de la organización; la au-

³² B. SCHÜNEMANN, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts-Ein kriminalpolitischer Zombie*, en ZIS, 2014, pp. 1 ss., 4; anteriormente, Id., *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*, en ADPC. P., 2003, p. 29. Símilmente, L. GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en S. Mir Puig-D. M. Luzón Peña (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 63 ss., 68; id., *Crítica*, cit., p. 19; L. GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», en GA, p. 508.

³³ Sobre el organismo de vigilancia, v. la monografía de A. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019; desde la perspectiva comparada, V. MONGILLO, «La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali», en *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3/2018, pp. 148-173.

sencia de reglas claras de conducta; la presencia de incentivos criminales.

c) El déficit organizativo no podría fundamentar, en sí mismo, la responsabilidad penal de ningún individuo aislado, sino que da lugar a una responsabilidad colectiva. Desde este ángulo, es correcto afirmar que la entidad no es responsable de un delito ajeno, sino de una carencia organizativa diferente atribuible a su propio sustrato de comunidad organizada.

Permítanme tres consideraciones rápidas más.

d) La principal interpretación alternativa a la idea de la responsabilidad directa y autónoma, o «por hecho propio», de la persona jurídica es la teoría de la «regla de imputación», que me parece prevalente en la doctrina de varios países como Alemania, Suiza y España.

Silva Sánchez ha hablado, perspicuamente, del defecto objetivo de organización como criterio de *reducción teleológica* de la regla de imputación que fundamenta la responsabilidad de la entidad que es el principio del beneficio (cfr. en España el art. 31 bis apartado 1 C.P.)³⁴.

Yo prefiero, como he dicho, la idea de un tipo de *infracción autónoma y específica* de la empresa, que me parece también apoyada en la literalidad del Decreto Legislativo italiano n.º 231/2001, donde se habla de «*illecito amministrativo dell'ente collettivo dipendente da reato*»: la infracción corporativa no coincide con el delito cometido en beneficio de la entidad colectiva (después imputado a la organización sobre la base de criterios específicos) sino que es propio de la empresa.

La infracción cometida por el ente colectivo es una infracción *estructuralmente culposa y normativa*, llena de fines preventivos, que desde un punto de vista naturalista presupone una conducta de los seres humanos (no siempre delitos en sentido estricto: *ex lege* puede faltar la imputabilidad del individuo), aunque en virtud del artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 231/2001 no es necesario identificar al autor material.

En mi opinión, *de lege ferenda*, el *predicate offence* (el delito-matriz) debería prescindir de la culpabilidad de la persona individual, en los casos en que la no responsabilidad del individuo depende precisamente de la falta de organización de la persona jurídica³⁵.

³⁴ J.-M. SILVA SÁNCHEZ, «La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática», en S. Bacigalupo-B. J. Feijoo Sánchez-J. I. Echano Basaldua (coord.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, p. 672.

³⁵ Comparto el punto de vista expresado sobre este punto por Adán Nieto Martín: *La responsabilidad penal*, cit., pp. 328 s. y *passim*.

e) La infracción de la entidad colectiva es una infracción *por carencia de prevención del delito*, más que de omisión de un deber de impedir delitos en sentido estricto. Este matiz lingüístico («prevenir» en lugar de «impedir») se refiere a la relación estructural entre el defecto de organización y el delito de la persona física.

Debe existir un *nexo de riesgo* entre el hecho de no adoptar o aplicar las precauciones preventivas necesarias y el delito que se ha producido, no muy distinto del caso del delito (individual) imprudente de resultado. El delito debe representar la *realización del riesgo* que el sistema de cumplimiento penal pretendía prevenir.

Por el contrario, en lo que respecta al juicio sobre la *evitabilidad del delito* mediante un sistema de gestión de riesgos que cumpla con los estándares de diligencia objetiva, esta comprobación es necesariamente más matizada en el caso de la responsabilidad de la persona jurídica. Las medidas organizativas exigibles rara vez pueden evitar delitos con una probabilidad cercana a la certeza. Esto es cierto para las precauciones «sustanciales» (por ejemplo: deberes de rotación de empleados en áreas expuestas al riesgo de corrupción) y, con mayor razón, para las precauciones «procedimentales» (por ejemplo: segregación de funciones) y de «control» (controles de primer, segundo o tercer nivel)³⁶.

Por este motivo, la entidad colectiva responde, en la mayoría de los casos, por no haber reducido *ex ante* el riesgo de delito, en su forma consumada o intentada, dentro del límite permitido por la ley, que *no es nunca riesgo cero*. En consecuencia, para que la entidad sea considerada responsable, es suficiente que las deficiencias organizativas hayan *facilitado significativamente*, aunque no necesariamente hayan causado en términos condicionales, *la comisión de un delito efectivamente o potencialmente ventajoso* por una persona física.

En Italia, Carlo Enrico Paliero, en un ensayo de 2008³⁷, planteó otro dilema: ¿La infracción de la persona jurídica es más un *crimen culposum*, es decir un tipo imprudente de resultado en el sentido clásico, o un *crimen culpae*, o sea una infracción de riesgo vinculada a la mera violación de una obligación preventiva-cautelar?

³⁶ Según la división tripartita de las medidas organizativas acuñada en Italia por C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex D. Lgs. n. 231/2001)*, en *Cass. pen.*, 2013, pp. 846 ss.; *id.*, *Colpa (diritto penale)*, en *Enc. dir.*, *Annali*, vol. X, Milano, 2017, p. 262, nt. 228. Sobre los principales pasos dirigidos a la implementación de los modelos organizativos, también a la luz de la práctica, v., en la literatura más reciente, A. GULLO, «I modelli organizzativi», en G. Lattanzi-P. Severino (dir.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, pp. 241 ss.

³⁷ C. E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1544-1545.

Mi posición se acerca más al modelo del *crimen culposum*: la prevención siempre incorpora riesgos específicos de comisión de delitos. Sin embargo, se sobreentiende que estos riesgos casi nunca pueden neutralizarse por completo, como ya he observado.

En cualquier caso, la persona jurídica –en Italia como en España– no es simplemente sancionada por su «forma o manera de ser desorganizada», como sería propio de un «derecho penal de autor» (*Täterstrafrecht*) o de una «culpabilidad por el carácter» (*Charakterschuld*), relegando el hecho individual a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, fuera del desvalor de la infracción corporativa³⁸. Es necesario comprobar el nexo de riesgo entre el delito y el defecto organizativo y tal nexo debe existir en el momento de comisión del delito y se refiere a las medidas específicamente destinadas a prevenir ese delito.

f) También abogo por un *paradigma monista o unitario* de responsabilidad de la persona jurídica.

No me convence –porque es una complicación innecesaria– la división bipartita entre la responsabilidad por una política empresarial deficiente (que algunos autores asimilan a la intención deliberada de la persona física) y la responsabilidad por defecto de organización. ¿Cómo se puede verificar una «política empresarial criminal»? Creo que, una vez más, deberíamos verificar una falta de cumplimiento penal adecuado.

Podemos utilizar, desde un punto de vista funcional, el concepto de *complicidad*, siempre que quede claro que no se trata de la participación en el delito en el sentido técnico (artículo 110 del C. P. italiano; artículo 27 del C. P. español). En el caso de un defecto de organización atribuible a la empresa, no estamos hablando de una conducta individual de complicidad activa u omisiva sino de un *defecto sistémico*, como he dicho, resultado de acciones y omisiones diacrónicas y sincrónicas disfuncionales.

El modelo de la infracción corporativa autónoma basada en la falta de prevención es el que también se está estableciendo a nivel internacional. Italia fue pionera en 2001. La misma estrategia está empezando a echar raíces en los países anglosajones desde el *UK Bribery Act* de 2010, que acuñó un esquema de *corporate criminal liability* –la falta de prevención del soborno (*Failure of commercial organisations to prevent bribery: sec. 7*)– que potencialmente se puede extender a cualquier otro delito doloso. Los británicos han establecido, de acuerdo con su tradi-

³⁸ Como teorizó G. HEINE, «Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 quater f)», en *ZStrR*, 2003, p. 41; así también M. FORSTER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Bern, 2006, pp. 86 ss., 228.

ción, la *inversión de la carga de la prueba* con respecto a la aplicación en la colectividad organizada de procedimientos adecuados para prevenir el soborno. Sin embargo, cabe recordar que, en los sistemas de derecho anglosajón, cuando la carga de la prueba recae en el acusado, el *standard probatorio* que éste debe cumplir no es el «más allá de toda duda razonable», sino el «*más probable que no*» (51 %) que es el criterio del derecho civil³⁹.

En cambio, en los países latinoamericanos, el principal centro de irradiación de la nueva filosofía del cumplimiento penal es hoy en día el *sistema jurídico español* que, con la Ley Orgánica 1/2015, ha transpuesto, casi literalmente, la legislación italiana (art. 31 bis C. P.).

B. LA EXIGIBILIDAD SUBJETIVA DEL CUMPLIMIENTO DEBIDO

También tengo que proporcionar algunas aclaraciones sobre el concepto de *exigibilidad subjetiva* del cumplimiento por parte de la organización del estándar de diligencia objetiva. Este, en mi construcción, es el segundo elemento de la infracción de la entidad colectiva. Está claro que este perfil puede volverse relevante en un juicio penal como *thema probandum* solo en casos limitados. Pero no son casos triviales o escolares.

El concepto de exigibilidad de las precauciones preventivas debidas según parámetros objetivos evoca la *dobles naturaleza* o *medida del deber de cuidado*: cuidado objetivo y cuidado subjetivo en la imprudencia individual culpable.

Sin embargo, como he dicho antes, el término «subjetivo» en la ciencia del derecho penal es algo convencional. Tengo que subrayar que, en el campo de la responsabilidad penal de personas jurídicas, este concepto no tiene nada que ver con la idea de un reproche ético y no tiene sustrato psicológico. La connotación ética del reproche, la idea de una voluntad criminal de la entidad como tal: no tendrían sentido con respecto a un sujeto sin autoconciencia como una persona jurídica.

La exigibilidad subjetiva en cuestión es un concepto normativo *orientado a los fines preventivos*, generales y especiales, de las penas/sanciones corporativas. En presencia de un defecto objetivo de organización, la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica solo puede basarse en una evaluación de *no necesidad de pena/sanción*. Por eso

³⁹ *Amplius*, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012, p. 440.

prefero, en el caso de la entidad colectiva, frente a la noción de culpabilidad colectiva, el concepto más funcionalista de *responsabilidad* en sentido dogmático-sistemático y teleológico, en el sentido de Roxin (*Verantwortlichkeit*) para ser claro.

El mayor problema es llenar de contenido este segundo momento, evaluativo-normativo, de la infracción de la persona jurídica; tarea que hasta ahora ha quedado en gran parte incumplida en la doctrina.

Los enfoques también son muy variados en la literatura jurídica especializada.

Por ejemplo, en la interesante construcción «bipartita» del Gómez-Jara Díez, se hace una distinción entre *injusto* y *culpabilidad*, de acuerdo con la cual el *injusto* coincide con el defecto de organización y por tanto se referiría al control del riesgo, mientras que la culpabilidad consistiría en la ausencia de una *cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad* o en la presencia de una *cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad*⁴⁰.

Personalmente, creo que el establecimiento de un sistema de prevención del riesgo delictivo en la organización es la única forma concreta de difundir una cultura de cumplimiento normativo en la organización: estos dos niveles –supuestamente distinguibles en sentido objetivo y subjetivo– en realidad terminan fusionándose.

Desde mi punto de vista, en la valoración de la exigibilidad subjetiva de la diligencia preventiva objetivamente debida son relevantes los siguientes tres aspectos: 1) la *previsibilidad subjetiva* del delito, es decir, la cognoscibilidad del riesgo de su comisión en las circunstancias concretas; 2) la *cognoscibilidad de las reglas de diligencia debida* para la gestión eficaz del riesgo delictivo; 3) la *posibilidad concreta de cumplir* con el estándar objetivo de diligencia organizativa del ente colectivo específico.

Veamos algunas *posibles aplicaciones* de este concepto de exigibilidad subjetiva del cuidado organizativo objetivamente debido.

a) Una primera aplicación del criterio incumbe a las *pequeñas empresas*.

Con respecto a las entidades colectivas menores, ante todo surge un problema de «medida objetiva» de diligencia: las pautas de cumpli-

⁴⁰ J. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en M. Bajo Fernández-C. J. Barreiro-Suárez González (ed.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 430 ss.; *id.*, «Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», en *En Letra: Derecho Penal*, 2016, n. 2, pp. 29 s.

miento penal deben diferenciarse, ya desde un punto de vista objetivo, en consideración a la dimensión de la entidad. Por ejemplo, para prevenir el riesgo de corrupción no podemos esperar de una pequeña empresa lo que exigimos, en términos de mecanismos preventivos, de una gran multinacional⁴¹. Una pequeña empresa no tiene los mismos recursos económicos y de personal que una organización muy estructurada. Sin embargo, también pueden surgir problemas de exigibilidad subjetiva: no todas las pequeñas y medianas empresas son iguales, ni en términos de estructura ni de modelos de gestión.

b) Una segunda aplicación se refiere al perfil de *cognoscibilidad de las reglas organizativas* adecuadas para prevenir delitos. Por ejemplo, una empresa podría haberse apoyado, de buena fe, en las indicaciones provenientes del *soft law* de las asociaciones comerciales acreditadas por la administración (en Italia los códigos de conducta «validados» por el Ministerio de Justicia: art. 6, apartado 3, Decreto Legislativo N.º 231/2001), antes de su eventual superación praxeológica o refutación judicial⁴².

c) Una tercera constelación de casos se refiere a las situaciones en las que las medidas preventivas materialmente adoptables por una empresa (por ejemplo, costosos mecanismos de prevención del soborno; un organismo de vigilancia colegial) de hecho obligarían a la entidad, por *falta de liquidez inculpable* (por ejemplo, por el impago de créditos por la administración pública), a tomar *decisiones «internamente insostenibles»*, como el despido de varios trabajadores. Mientras persista esta situación extraordinaria, la intervención coercitiva estatal debe limitarse al decomiso del beneficio del delito (calculado como «beneficio neto» –*Nettoprinzip*), con el fin de reequilibrar el orden económico alterado por el delito.

d) Una cuarta situación concierne las *empresas multinacionales*. Esas organizaciones empresariales deberían respetar las reglas de cumplimiento penal propias de todas las jurisdicciones en las cuales obran. Sin embargo, las *multinational enterprises* podrían encontrarse en la incómoda situación de tener que lidiar con múltiples reglas de cumplimiento y gobierno corporativo, distintas a las establecidas en el país de

⁴¹ Este principio también es afirmado por la ISO 37001, sobre los sistemas de gestión anti-soborno.

⁴² Algo similar sucedió en Italia en el caso *Impregilo*, cuando la *Corte di Cassazione* consideró inadecuada la identificación del organismo de vigilancia con la función de auditoría interna (*internal audit*), a pesar de que las *Linee guida* de Confindustria (la principal organización italiana representativa de las empresas industriales y de servicios) también admitían esta opción organizativa: Cass., sez. V, 30 de enero de 2014, n. 4677, en *CED Cass.*, rv. 257988-01.

origen. Este problema puede ser abordado desde el punto de vista de la *exigibilidad objetiva*: en principio, la empresa extranjera debe adaptar la propia organización a los estándares externos, cuando los internos son demasiado blandos y mucho menos costosos, según un *principio de asimilación* y homogeneidad funcional; y también desde el punto de vista de la *exigibilidad subjetiva* en el sentido que el juez debe evaluar también la cognoscibilidad de la norma preventiva extranjera y los costos sostenibles para hacer frente a una miríada de normas nacionales de cumplimiento.

e) Finalmente, incluso *el factor tiempo*, en particular los tiempos fisiológicos para la implementación de un modelo de prevención plenamente efectivo, es un hecho que se puede apreciar en un juicio normativo de exigibilidad subjetiva, informado por la necesidad de pena/sanción.

El problema al que en ocasiones se ha enfrentado la jurisprudencia italiana⁴³, relativo a la comisión del delito pocos días después de la inclusión del tipo de delito relevante en el catálogo de delitos que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, tiene que ver con el plano de la imputación objetiva y no la exigibilidad subjetiva. En estos casos se trata de la *imposibilidad material de organizarse* en el sentido pretendido por el derecho.

Pero también más allá de situaciones de verdadera imposibilidad material, el juez no puede dejar de tener en cuenta *los tiempos sostenibles de implementación y ejecución* de un modelo adecuado y plenamente operativo, capaz de tener un impacto concreto y profundo en la dinámica interna de la organización.

La empresa que se ha embarcado en un *camino de organización virtuosa*, que completará en el tiempo necesario, es una empresa que no necesita de reorganización coactiva.

Además, es necesario «contextualizar» el hecho de desorganización atribuido a la entidad y, en consecuencia, el juicio de adecuación del modelo de prevención de delitos, el cual debe ser evaluado idealmente en el momento en que se cometió el delito (evaluación *ex ante*) y no en el momento en que debe pronunciarse la sentencia (el llamado sesgo retrospectivo).

El derecho italiano (artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo 231), al igual que el español no dice nada sobre este segundo momento de sub-

⁴³ Tribunale de Monza, 3 de septiembre de 2012; Corte di appello de Brescia, 14 de diciembre de 2011, en www.rivista231.it.

jetivación de la culpa de la entidad. Podría remediarlo el legislador. En todo caso, yo creo, como he intentado demostrar, que se puede lograr un «refinamiento creativo» del sistema ya *de lege lata*, mediante una elaboración dogmática teleológicamente orientada y en particular ordenando el material normativo bajo principios rectores generales, comenzando –a este respecto– por el *nullum crimen sine culpa*.

V. ¿Independencia o autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica?

En Italia, la responsabilidad de la entidad colectiva es *autónoma* de la responsabilidad penal de la persona física, lo que no significa que sea completamente independiente de la comisión de un delito.

La experiencia más cercana a una concepción holística de la culpabilidad de la persona jurídica (responsabilidad totalmente independiente) es hoy el delito inglés de *corporate manslaughter*, pero hasta el momento no ha estado a la altura de las expectativas⁴⁴.

De acuerdo con el art. 8 del Decreto Legislativo n.º 231/2001, la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma en el sentido de que subsiste incluso en caso de no identificación del culpable individual o de extinción del delito de la persona natural por una causa distinta de la amnistía o en caso de ausencia de imputabilidad (incapacidad de entender y querer del autor del delito).

La regla sobre el «autor no identificado» (la llamada «culpa anónima» –*anonymous guilt*) tiene solo un alcance probatorio procesal, no sustantivo.

Para la *Corte di Cassazione* italiana no hay necesidad de probar el elemento psicológico del autor no identificado: sería suficiente probar el hecho objetivo típico⁴⁵. Tengo serias dudas con respecto a los delitos dolosos, en particular porque no tiene sentido, en mi opinión, castigar a una persona jurídica por una infracción intencionada sin una prueba del dolo típico. A veces, esta prueba –por ejemplo, un pago corrupto a través de los fondos negros de una empresa– es posible incluso si el perpetrador no ha sido identificado.

⁴⁴ Cfr. nuestro V. MONGILLO, «Responsabilità individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro nel sistema penale del Regno Unito», en A. M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, pp. 479 ss., especialmente pp. 485 ss.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 7 de julio de 2016, n. 28299, en *CED Cass.*, rv. 267048; en *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 934.

VI. Acumulación vs desacumulación de responsabilidades individuales y colectivas

El último aspecto que quiero abordar es el de la acumulación o eventual desacumulación de responsabilidades individuales y colectivas.

Actualmente, la mayoría de los sistemas penales adoptan, en principio, el criterio de acumulación de responsabilidades entre el individuo y el colectivo. De acuerdo con la legislación de la UE (directivas y decisiones marco en materia penal), «la responsabilidad de las personas jurídicas no excluirá la posibilidad de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que hayan cometido las infracciones penales», y viceversa.

Este modelo cumulativo viene motivado, en primer lugar, por razones empírico-criminológicas y, por tanto, con la prevención eficaz de la delincuencia empresarial. Se parte del supuesto básico de la génesis mixta del crimen corporativo o en un contexto organizacional. Castigar solo al individuo descuida las dinámicas criminógenas colectivas; castigar solo a la entidad colectiva conlleva el riesgo de irresponsabilidad individual.

Sin embargo, el *principio de la acumulación* está sujeto a excepciones más o menos consistentes en algunos ordenamientos jurídicos, que en algunos casos llegan a prever *técnicas abiertamente no acumulativas* para la asignación de responsabilidades.

1. *Técnicas de desacumulación de la responsabilidad a nivel comparado*

No puedo entrar en detalles por razones de espacio⁴⁶, por lo que me limitaré a señalar las principales experiencias jurídicas que a nivel comparado prevén formas de *desacumulación* de responsabilidades individuales y colectivas.

a) Algunos ordenamientos jurídicos prevén algunos casos de *responsabilidad exclusiva* de la entidad.

En Italia, la jurisprudencia considera que, si el individuo no es punible por ejemplo por la particular levedad del hecho (*esclusione della*

⁴⁶ Para más información, V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., pp. 151 ss., 176 ss. y bibliografía aquí citada.

punibilità per particolare tenuità del fatto: es una nueva causa de no punibilidad introducida en 2015 y prevista por el art. 131 bis del C. P. italiano), es posible proceder contra la persona jurídica⁴⁷. Lo mismo ocurre de conformidad con el art. 8, apartado 1, lett. a) Decreto Legislativo n.º 231/2001 cuando el delito de la persona física se extingue debido a una *conducta reparadora* post delictiva (v., por ejemplo, el art. 163 bis del C. P. italiano relativo a los delitos que pueden ser perseguidos por denuncia de la víctima y, con respecto a las faltas ambientales, el nuevo procedimiento de extinción mencionado en la Parte sexta bis del Decreto Legislativo 152/2006).

La experiencia francesa también es muy interesante en cuanto a la imputación de responsabilidad por delitos imprudentes: solo la persona jurídica puede responder en caso de imprudencia indirecta y ordinaria (*faute no délibérée* o *caractérisée*), según los artículos 121-2, apartado 3, y 121-3, apartado 4, C. P.

b) Otro modelo es el de *responsabilidad subsidiaria* de la entidad colectiva adoptado en Suiza: con la excepción de algunos delitos expresamente nombrados (por ejemplo, cohecho), en el código penal suizo la empresa responde alternativa y subsidiariamente cuando, debido a un defecto organizativo, el autor individual no es identificable (art. 102, apartado 1, C. P.).

c) Un tercer modelo de reparto de responsabilidades entre el individuo y la organización fue el previsto en el derecho belga hasta el 30 de julio de 2018, fecha de la entrada en vigor de la Ley 2018-07-11/10. Hasta entonces, la legislación belga previó un modelo de responsabilidad alternativa y mutuamente excluyente de personas físicas y entidades colectivas, en virtud del cual siempre que la persona física hubiera sido identificada y no hubiera actuado consciente y voluntariamente respondía de forma exclusiva quien hubiera cometido la infracción más grave (*faute la plus grave*) (art. 5, apartado 2, C. P.).

d) El último modelo es el de la punición *facultativa* de la persona jurídica o del individuo. La imposición de la *Geldbusse* (sanción pecuniaria administrativa) a la entidad colectiva es discrecional en *Alemania* (§ 30 OWiG)

Algunos sistemas legales nórdicos (Finlandia y Suecia) otorgan al juez la facultad de no castigar al individuo o la entidad colectiva en casos de infracciones imprudentes o responsabilidad «atenuada» y en otras situaciones indicadas por la ley.

⁴⁷ Cass., sez. III, 15 de enero de 2020, n. 1420, en *CED Cass.*, rv. 277722-01.

En *España*, en cambio, el juez está obligado a proceder a la «modulación» de las multas impuestas a la persona jurídica y a la persona física, en cumplimiento de los principios de proporción y *ne bis in idem* sustantivo (art. 31-ter, apartado 1, segunda parte, C. P.). Sin embargo, según la interpretación jurisprudencial vigente, no es posible ir por debajo del límite mínimo del marco legal de la pena pecuniaria⁴⁸.

2. Modelos procesales de distribución de responsabilidades individuales y corporativas

Como no podía ser de otro modo, los mecanismos de reparto de responsabilidades entre el individuo y la organización aparecen aún más diversificados a la luz del *régimen procesal*: mientras que algunos Estados imponen el ejercicio de la acción penal contra el individuo o la persona jurídica siempre que existan pruebas suficientes de un delito, otros delegan esta decisión a la Fiscalía⁴⁹.

3. Perspectivas de *lege ferenda*

Sin embargo, yo creo que el principio de la acumulación debe re-pensarse, al menos en parte.

En particular, en cuanto al plan dinámico de asignación de responsabilidades, creo que son útiles *tres líneas de acción*.

a) *De jure condendo* sería apropiado reconocer a las personas que han actuado en nombre de una organización punible la oportunidad de una *desacumulación judicial* de responsabilidad, en particular en el área de delitos imprudentes, en consideración al deber subjetivo de cuidado.

De hecho, en el campo de la responsabilidad penal por imprudencia, se debe poner freno a la injusta y estéril tendencia a descargar disfunciones organizativas y prácticas desviadas en los individuos, cuyo incumplimiento en muchos casos es mínimo.

También se debe contener la excesiva proliferación de garantes y responsables individuales.

⁴⁸ P. FARALDO CABANA, «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», en *La Ley Penal*, n. 115, 1 de julio de 2015.

⁴⁹ *Amplius*, V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., cap. V.

El problema es especialmente visible en sistemas jurídicos, como el italiano⁵⁰, en el que el individuo puede ser sancionado, en caso de delitos imprudentes, incluso por *culpa levis* o *levissima*.

Para superar estos inconvenientes, se podría introducir una causa de exención de la responsabilidad a favor de la persona física respecto de los casos en que el reconocimiento de la norma cautelar o su cumplimiento se haya visto seriamente obstaculizado por graves deficiencias organizativas. Este podría ser el caso de un individuo que opera en un entorno organizacional que: a) alimenta distorsiones cognitivas (*heurísticas* y *sesgos*), como la sobreestimación de las propias capacidades, el exceso de optimismo, la ilusión de un control total de la situación, la adicción al riesgo, etc.; b) no traza modelos virtuosos de toma de decisiones y no facilita la atención, la diligencia individual y el pensamiento reflexivo; c) no fija objetivos coherentes; esto es un individuo que puede no merecer un reproche subjetivo por su conducta objetivamente culposa en sí misma. En estos casos, solo debería sancionarse a la entidad y posiblemente a los tomadores de decisiones directamente involucrados en la creación de un contexto criminógeno.

De lege lata, sin embargo, en Italia, si la persona física no es sancionada por la ausencia de reproche subjetivo (culpabilidad dolosa o culposa), la entidad tampoco es punible, dado que el art. 8 del Decreto Legislativo N.º 231/2001 en el caso de un autor identificado permite prescindir únicamente de la capacidad de comprensión y voluntad (*capacità di intendere e volere*) del autor (esta es claramente una hipótesis de manual para los delitos económicos...).

Además, también podría contemplarse una cláusula *ad hoc* de irrelevancia penal de la conducta negligente, para excluir el castigo de negligencias menores individuales que acumuladas a otras podrían, en cambio, indicar un grave déficit organizativo de la entidad colectiva.

En el ámbito de los delitos dolosos (corrupción, fraude, blanqueo de capitales y autoblanqueo, delitos societarios, delitos financieros, etc.), creo en cambio que la responsabilidad penal individual debe seguir siendo el *focus* primario de la política penal. Con respecto a estos delitos, los modelos de responsabilidad de la persona jurídica más adecuados parecen ser los basados en la falta de organización interna que hizo posible o facilitó significativamente la comisión del delito. El hecho del individuo, el único que *ratione naturae* puede cumplir con el

⁵⁰ Diferentemente, en el derecho penal español la imprudencia leve se ha descriminalizado en 2015 (Ley Orgánica 1/2015/2015, de 30 de marzo), y la menos grave solo se castiga respecto del homicidio y lesiones de mayor entidad.

requisito psíquico requerido por la norma penal en las infracciones dolosas, ayuda a hacer aprehensible también el reproche a la entidad colectiva. En otras palabras, este elemento proporciona el sustrato fáctico de la estructura corporativa deficiente: no una desorganización general e indiferenciada, según la lógica de un «derecho penal de autor», sino una disfunción interna específica relacionada con el delito. Por otro lado, prescindir del coeficiente psicológico propio de los delitos dolosos equivaldría a convertirlos, subrepticamente, en delitos de mera negligencia (organizativa).

b) Una segunda línea de reforma consiste en crear las condiciones para una *mayor interacción* entre la responsabilidad individual y de la persona jurídica en la fase de *medición de la pena*.

A estos efectos, propongo la introducción de una *circunstancia agravante común* aplicable a las personas físicas en el caso de comisión de un delito con una violación consciente del programa de cumplimiento adoptado por la persona jurídica, ya que la violación de las normas organizativas codificadas conlleva una mayor culpabilidad individual en este caso.

Inversamente, debería valorarse la posibilidad de introducir una *circunstancia atenuante* de la pena, fundada en la eventual «presión organizativa» que sufre el individuo al cometer un delito intencional en el ejercicio de las funciones asumidas dentro de una estructura empresarial defectuosa.

También propondría, en el caso de las pequeñas empresas, un *principio de compensación* por las sanciones aplicables a los individuos y a las empresas, para asegurar el respeto de los principios de proporción y *ne bis in idem*. Basta pensar en los casos de una *sociedad unipersonal* (que la Corte di Cassazione italiana estima incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 231/2001⁵¹) o de una *pequeña empresa familiar* en la que manda el administrador propietario.

El modelo español de modulación obligatoria de las sanciones pecuniarias que pueden imponerse a la persona física y a la persona jurídica puede aportar ideas interesantes, pero hay que perfeccionarlo ya que, tal como lo ideó el legislador español, ha resultado ser una fuente de grave indeterminación.

⁵¹ Cass., sez. VI, 25 de octubre de 2017, n. 49056, en *CED Cass.*, rv. 271564; *contra* GUP Milano, sentencia núm. 971 del 16 de julio 2020, según el cual la responsabilidad de la entidad colectiva por un delito no puede afirmarse en el caso de que no exista un centro independiente de imputación de relaciones jurídicas, distinto de la persona natural.

c) Una última línea de reforma podría ser brindar a la entidad *incentivos* para la detección interna de delitos, para denunciarlos (*self-reporting*) a las autoridades o al menos para la cooperación judicial en su investigación.

Deben introducirse formas de acuerdos más amplios entre el Ministerio Público y la persona jurídica, aunque sujetos a control judicial, en los que la salida anticipada de la empresa del procedimiento penal esté sujeta al pago de una *sanción económica reducida*, la eliminación de defectos organizativos, la restitución de la ganancia ilícita y la reparación del daño causado a las víctimas del delito⁵².

VII. Nota final

Para retomar una afirmación icástica de Luis Arroyo, la península ibérica como la península italiana, al menos en cuanto al famoso principio establecido por el Papa Inocencio IV (Sinibaldo Fieschi)⁵³, ha dejado definitivamente de ser un territorio sujeto al derecho papal⁵⁴.

Hoy en casi todo el mundo *societas delinquere et puniri potest*: hemos introducido la responsabilidad de la persona jurídica, ahora es necesario comprenderla, sistematizarla y hacerla efectiva.

⁵² Para más detalles, cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., pp. 484 ss.

⁵³ *Universitas autem non potest excommunicari, quia impossibile est quod universitas delinquat, quia universitas, sicut est capitulum, populus, gens et huiusmodi, nomina sunt iuris et non personarum, ideo non cadit in eam excommunicatio.*

⁵⁴ L. ARROYO ZAPATERO, *La responsabilità penale delle persone*, cit., pp. 107 s., 118.

ABOGADOS Y PROFESORES EN LOS JUICIOS DE NUREMBERG

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal

*A mi querido amigo y compañero,
Luis Arroyo Zapatero*

I

De los Juicios llevados a cabo en la ciudad alemana de Nuremberg contra los principales dirigentes del régimen nacionalsocialista, jefes militares, médicos, jueces, altos dirigentes ministeriales, empresarios, miembros de las SS y de los *Einsatzgruppen*, etc., se ha escrito y se ha dicho tanto, desde todos los puntos de vista, laudatorios y críticos, a lo largo de los últimos 70/75 años, que ya poco más se puede añadir.

En la ingente bibliografía aparecida recientemente en Alemania sobre este tema destaca el libro, originalmente tesis doctoral, de Hubert Seliger sobre los abogados defensores en los Juicios de Nuremberg¹. En este libro a través de más de 600 páginas, Seliger hace un estudio de los abogados defensores en dichos juicios, describiendo sus orígenes familiares y sociales, sus estudios, las actividades profesionales que ejercían antes de los Juicios o cargos que ocuparon durante el régimen nacionalsocialista, sus orientaciones ideológicas, las relaciones que tuvieron con los acusados; sus destinos militares o civiles durante la guerra, etc. También menciona Seliger algunos profesores de Derecho que bien directamente como abogados defensores o como asesores y autores de dictámenes para los abogados defensores intervinieron en estos Juicios.

En un capítulo dedicado a los «¿abogados políticos?» (*sic*, con signo de interrogación en el título del libro), Seliger se refiere específicamente a dos abogados jóvenes prácticamente desconocidos hasta entonces

¹ Herbert SELIGER, *Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse (¿Abogados políticos? Los defensores en los Procesos de Nuremberg)*, Baden Baden (Nomos), 2016, 621 pp.

que, asesorados por dos prestigiosos profesores de Derecho penal, adquirieron especial resonancia con sus intervenciones. Este grupo que podría denominarse como «grupo de Múnich», estaba integrado por los abogados Alfred Seidl y Rudolf Aschenauer², y por sus asesores los catedráticos de Derecho penal de la Universidad de Múnich, Edmundo Mezger y Reinhart Maurach. También hay que mencionar como miembro de este grupo al otro catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, que ejerció de forma independiente la defensa del General Jodl (véase *infra* II).

Alfred Seidl (1911-1993), había estudiado Derecho y Economía como becario, o beneficiario de una *Hörgeldbefreiung* (algo así como una exención del pago de las tasas universitarias), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich. Después de aprobar el Examen de Estado con la calificación de «*befriedigend*» (satisfactorio), trabajó como asistente de los catedráticos Exner y Mezger, realizando bajo la dirección de este último la tesis doctoral sobre *Der Beginn des Versuchs* (El comienzo de la tentativa), calificada con «*Gut*» (bueno o notable). En ella defendía las ideas más características del Derecho penal nacionalsocialista, como el Derecho penal de autor, o el fundamento subjetivo de la punibilidad de la tentativa basado en la voluntad³. Seidl también había colaborado con Mezger en el artículo en el que éste proponía la esterilización de los asociales, reelaborando nada menos que 5.856 decisiones de los Tribunales bávaros de Salud hereditaria, que habían puesto a su disposición las autoridades correspondientes⁴. En 1937 Seidl ingresó en el Partido nazi y en 1940 en la Wehrmacht. Cuando en 1945 regresó a la vida civil, comenzó a trabajar como abogado en Munich y fue reclutado como abogado defensor del lugarteniente de Hitler, Rudolf Hess, que había rechazado a su anterior abogado. Seidl se reveló pronto como un abogado especialmente combativo y brillante⁵. La defensa de Hess la basó principalmente en que éste era

² SELIGER, ob. cit. capítulo 3,5, los llama «Apologetas del estado de necesidad» (*Apologeten des Staatsnotstandes: Alfred Seidl und Rudolf Aschenauer*).

³ Los datos biográficos sobre Seidl se pueden ver además de en la obra de Seliger, en la completa biografía que hay de él en la Wikipedia alemana, de wikipedia.org.

⁴ Véase la cita a Seidl en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal nacionalsocialista*, 4.ª ed., Valencia 2003, p. 289.

⁵ Parece que fue el modelo de referencia del abogado Hans Rolfe que en la película de Kramer, *Das Urteil von Nürnberg* (*¿Vencedores o Vencidos?* en español), interpreta el actor alemán Maximilian Scheel, por lo que recibió el Premio Oscar al mejor actor el año 1961; así lo apunta Sascha ZIEMANN en su reseña al libro de Seliger, citando el comentario a esa película de MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓN, *Das Urteil von Nürnberg*, Berlin 2007 (véase Sascha ZIEMANN, en *Strafverteidiger*, volumen 37, Issue 8, 2017, p. 560 notas 1 y 2).

solo lugarteniente de Hitler en su relación con el Partido nazi, y en que, por tanto, no tenía competencias en materia militar, por lo que no podía considerarse que fuera responsable de la guerra de agresión contra la Unión soviética, con la que no estaba de acuerdo. Un dato a favor de esta tesis era aquel extraño vuelo que hizo Hess en mayo de 1941 a Inglaterra para negociar la paz por separado, poco antes de que comenzara la operación Barbarossa. A pesar de ello, Hess fue condenado a prisión perpetua, que purgó hasta el final de sus días en la prisión de Spandau suicidándose en 1987, ahorcándose en su celda.

Tampoco tuvo suerte Seidl con su otro defendido en el Proceso principal, Hans Frank, Presidente de la Academia del Derecho alemán, defensor y amigo personal de Hitler y finalmente Gobernador general de la Polonia ocupada, cargo en el que estuvo hasta el final de la guerra. Frank estaba acusado de ser el principal responsable de la muerte de millones de judíos asesinados en los Guetos de Varsovia y Cracovia, y en los Campos de Exterminio de Auschwitz o Treblinka, que estaban dentro de su jurisdicción territorial. Parecía, por tanto, poco creíble el argumento expuesto por Seidl de que la competencia en el interior de esos centros de exterminio correspondía a las SS y no a su defendido, y que era Himmler, jefe de las SS, el verdadero responsable de lo que sucedía en los mismos. De todos modos, Seidl lo tenía muy difícil, desde el momento en que Frank reconoció su responsabilidad como integrante del sistema nazi e incluso la de todo el pueblo alemán («desacreditado por el régimen nacionalsocialista para los siguientes mil años», dijo literalmente, algo que disgustó a los demás acusados). Pero aunque siempre negó su responsabilidad individual, dio muestras de arrepentimiento, se convirtió al catolicismo e incluso el Papa Pio XII pidió que lo indultaran, fue sentenciado a muerte y ejecutado, junto con los otros condenados a muerte en el Proceso principal, el 16 de octubre de 1946⁶.

A pesar de esto fracasos, Seidl se convirtió pronto en el «abogado estrella» de todos los demás Juicios. A la vista de la mala experiencia tenida con sus anteriores clientes, Seidl cambió de táctica y planteó un argumento defensivo hasta entonces poco conocido en la Dogmática penal alemana de aquel tiempo: el «estado de necesidad del Estado» (*Staatsnotstand*).

⁶ Sobre Hans Frank, además de sus datos bibliográficos en la Wikipedia alemana, de wikipedia.org., existe abundante bibliografía; una amplia exposición de la misma, con abundante información de los argumentos esgrimidos para su defensa por Seidl se encuentra en la obra de SANDS, *La calle Este-Oeste*, 2017, que le dedica a Frank todo el capítulo VI, pp. 287-355, con referencias también a la defensa que de él hizo Seidl (pp. 412-414, 453-454).

Para ello tuvo que recurrir a algunas decisiones de los tribunales de justicia alemanes que en los años 20, en plena República de Weimar, se tuvieron que enfrentar con los llamados «Fememorde»⁷, asesinatos políticos llevados a cabo por algunos elementos paramilitares de extrema derecha, alegando que sus víctimas, entre las que se encontraba también el entonces Ministro de Economía Walter Rathenau, eran unos traidores que constituían una amenaza para la seguridad del Estado alemán. El argumento que esgrimían era: «Un asesinato no es un asesinato cuando se realiza por un motivo nacional o patriota». El argumento no fue aceptado como causa de justificación en la jurisprudencia, pero algunos tribunales trataron con benevolencia a los acusados de estos hechos, imponiéndoles penas no muy graves, como sucedió, por ejemplo, con los participantes en el golpe de estado que intentó dar Hitler en el Feldenhalle de Munich en 1923⁸.

Seliger considera que Seidl utilizó este argumento probablemente inspirado por su maestro Edmund Mezger, pero la cita en la que éste hace referencia al estado de necesidad del Estado en la 2.ª edición alemana de su Tratado de Derecho penal (1933), más bien parece que se muestra contrario al mismo y ni siquiera se refiere a los «Fememorde»⁹. Desde luego, no parece que un argumento utilizado para casos concretos pueda ser invocado para justificar actuaciones como las de los *Einsatzgruppen*, verdaderos Escuadrones de la Muerte, que en nombre del Estado y siguiendo las órdenes de sus Jefes y dirigentes políticos, fría y sistemáticamente, se dedicaban a la «limpieza étnica» asesinando a mi-

⁷ Véase Ulrike Claudia Hofmann, «Verräter verfallen der Femme», *Fememorde in Bayern in den zwanziger Jahren*, Böhlau, Köln 2000.

⁸ En la Dogmática jurídica penal solo marginalmente el «estado de necesidad» es referido en letra pequeña, en relación con el derecho de resistencia reconocido en el apartado 4 del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn que dice: «Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia» (el del Estado federal, democrático y social), como se define en el apartado 1 del mismo artículo). La doctrina actual discute si se trata de un derecho a la resistencia meramente pasivo o también activo, y en este último caso cuáles serían sus límites; parece, desde luego, que a título individual no debería incluir provocar la muerte selectiva de alguien o de un grupo de personas que se considere una amenaza para el modelo de Estado previsto en el párrafo 1 de ese artículo; el Estado social y democrático de Derecho.; para más detalles véase Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 4.ª ed., 2006, pp. 778/786.

⁹ En la versión española de la misma edición ese Tratado realizada por José Rodríguez Muñoz, la opinión de Mezger parece más bien contraria a darle relevancia justificante a esta clase de estado de necesidad, cuando dice claramente que «el fin no justifica los medios» y rechaza que una valoración subjetiva sea determinante para justificar los hechos (véase E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1955 (la primera edición española es de 1935), tomo I, pp. 467).

les y miles de ciudadanos, principalmente judíos, en los países del Este de Europa.

No obstante su escaso apoyo dogmático y jurisprudencial, Aschenauer utilizó este argumento en el Proceso 9 contra los *Einsatzgruppen*, siguiendo al pie de la letra la versión que del mismo realizó Reinhart Maurach en un dictamen.

Rudolf Aschenauer (1913-1983), era un joven abogado que, igual que su colega Seidl, había estudiado Derecho como becario (*Hörgeldbefreiung*) en la Universidad de Munich en los años 30, durante los cuales se integró en grupos católicos mariológicos ultraconservadores. Después de aprobar el examen de Estado en 1938 con la calificación de «*ausreichend*» (suficiente o aprobado), ingresó en el Partido nazi y durante la guerra estuvo en una unidad de artillería¹⁰. Tras su desnazificación se encargó de la defensa del principal acusado en el Proceso 9 contra los *Einsatzgruppen*, el General de las SS Otto Ohlendorf, Jefe de la Sección D que fue la encargada de llevar a cabo las operaciones de la llamada «limpieza étnica» en el Sur de Ucrania y Crimea, la patria natal de Maurach. Desde su primera intervención ante el Tribunal encargado de juzgar este caso, Aschenauer se reveló un abogado bien preparado y combativo, igual que en otros procesos su colega Seidl. Sin embargo, los que escucharon sus intervenciones en este juicio se dieron inmediatamente cuenta de que detrás de ese abogado joven desconocido estaba un penalista de categoría que no era otro que el catedrático de Derecho penal Reinhart Maurach, a quien Aschenauer o su cliente Ohlendorf habían solicitado el dictamen. Efectivamente, Aschenauer siguió al pie de la letra en todas sus actuaciones dicho dictamen que claramente revelaba quién era el verdadero defensor del General Otto Ohlendorf¹¹.

Maurach comprendió, desde el primer momento, que era difícil que un Tribunal se tragase el argumento, rechazable incluso desde el punto de vista del Derecho internacional de guerra, de que era lícito matar a miles de seres inocentes con el pretexto de salvar un Estado. Los asesi-

¹⁰ Los datos biográficos de Aschenauer, antes y después de los Juicios de Nuremberg pueden verse en la voz correspondiente de la Wikipedia alemana, de.m.wikipedia.org.

¹¹ Todos los que se han ocupado del proceso contra los *Einsatzgruppen* coinciden en que Maurach era el verdadero defensor de Ohlendorf (véase, por ejemplo, Viktor NEHRlich, *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung*, 2015, pp. 403 ss.) Pero no tengo datos de que antes de este Proceso Aschenauer tuviera alguna relación personal, académica o profesional con Maurach. Probablemente fue Seidl que ya conocía a Aschenauer desde sus tiempos de estudiante en Munich, el que, por mediación de Mezger, lo recomendó a Maurach para que éste pudiera dirigir, aunque fuera indirectamente, la defensa de Ohlendorf.

natos que los propios acusados reconocían haber cometido y de los que había pruebas suficientes, eran realmente brutales. Los *Einsatzgruppen* obligaban a los que iban a ser fusilados a que cavaran antes sus propias fosas; habían incendiado casas y sinagogas con familias enteras dentro; asesinaron a centenares de personas gaseándolas en la parte trasera de camiones preparados para eso; y disparaban intencionadamente contra las mujeres mientras mantenían a sus hijos en brazos¹².

Desde luego era difícil que se pudieran justificar este tipo de hechos. En la tradicional distinción que desde Hugo Grotius se hace en el Derecho internacional de guerra entre el *ius ad bellum* (derecho a la guerra justa) y el *ius in bello* (respeto a los derechos de la población civil y a los soldados vencidos), el *ius in bello* se considera siempre de obligado cumplimiento, sea cual sea la naturaleza de la guerra; ese es precisamente el fundamento del Derecho humanitario¹³. Sin embargo, Maurach matiza esta distinción. Por un lado, intenta relativizar, no negar, la gravedad de estos hechos. La culpa de todo la tenía la guerra. Los hechos de los que Ohlendorf y los demás Jefes de los *Einsatzgruppen* eran acusados no eran más, en su opinión, que la consecuencia no deseada, pero inevitable de una guerra (*das Wesen des Krieges*). Después de todo, también en los bombardeos aéreos de los Aliados en Dresde y otras ciudades alemanas o en los de los americanos en Tokyo y con la bomba atómica en Hiroshima y Nagasaki habían muerto miles de civiles no participantes en la guerra, incluyendo mujeres y niños.

Pero Maurach añadía también otro argumento vinculado a lo que en aquel momento estaba sucediendo en las relaciones cada vez más conflictivas entre los Estados Unidos y la Unión soviética. Aprovechando que en los Procesos siguientes al Proceso principal los Tribuna-

¹² «A Crime of such unprecedented brutality and of such inconceivable savery that the mind rebels against its own thought image», se dice literalmente en la sentencia. El Fiscal del juicio, Benajmin FERENCZ, relata lo siguiente: «Entre los acusados estaban los Generales SS de mayor rasgo. Su jefe era el general Otto Ohlendorf, padre de cinco hijos, inteligente y bien parecido. Lleno de orgullo declaró que nunca le había permitido a los hombres de su unidad que actuaran como se hacía en otras unidades de los *Einsatzgruppen*, arrojando niños al aire y disparando sobre ellos como si fueran globos, o estrellando sus cabezas contra el tronco de los árboles. Les dijo, que había que permitirles a las madres que tuvieran a sus hijos en brazos, porque si no, comenzaban a gritar y se producían escenas desagradables. Lo mejor era tenerlos en el mismo punto de mira y matar a la madre y al niño juntos, porque con ello se ahorraba munición, además de que era una forma más humana de matarlos» (FERENCZ, en Herbert Reginbogin/Christoph Safferling (edit.) «The Einsatzgruppen Trial/der Einsatzgruppen-Prozess», en *The Nuremberg International Criminal Law since 1945*, a. cit., p.163.

¹³ Sobre esta distinción, tradicional en el Derecho de guerra, véase George P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, volume two: International Criminal Law, Oxford University Press, 2020, p.130/131; también MUÑOZ CONDE, *Guerra, terrorismo y Derecho humanitario*, en Homenaje a Ignacio Muñagorri, 2021.

les solo estaban integrados por Jueces americanos, procuró hacer hincapié en el grave peligro que representaba no solo para Alemania, sino para todo el mundo occidental, el régimen bolchevique de la Unión soviética. Como reconocido especialista en el Derecho del Este de Europa y en el Derecho soviético, Maurach alegaba que en la Unión soviética se podía internar a la gente sin previo juicio en campos de concentración, o simplemente se eliminaba físicamente al adversario político. También negaba que se pudiera considerar como robo el apoderamiento de los bienes de los campesinos, porque conforme al Derecho de la Unión soviética, los bienes eran propiedad del Estado, no de los particulares, desde el momento en que aquel territorio estaba prohibido el derecho a la propiedad privada. La invasión de la Unión soviética no había sido, por tanto, según Maurach, una guerra de agresión, sino una *defensa preventiva* del Estado alemán frente a la amenaza inminente de una agresión por parte de la Unión soviética.

El argumento no era gratuito. Maurach sabía perfectamente que, en la época en la que tenían lugar los Procesos 9 y 12 en los que se presentaba su dictamen (1947/1948) ya se estaban produciendo los primeros enfrentamientos entre Estados Unidos y la Unión soviética por el tema del bloqueo de Berlín, y que la actitud de los Jueces americanos frente a los acusados no era ya tan negativa como en el Juicio principal, en cuyo Tribunal había dos Jueces rusos, y en la acusación Fiscales de la delegación rusa soviética. Ahora los Juicios siguientes se celebraban solo ante los Tribunales norteamericanos, y ya algunos de los Jueces que los integraban habían mostrado su inquietud ante el peligro que representaba la Unión soviética para los Estados Unidos, hasta el punto de que el Presidente de un Tribunal, al comenzar el juicio llegó a decir: «Vamos a iniciar un juicio con las tropas rusas delante de la puerta, no sé si llegaremos a terminarlo».

A pesar de todo, Maurach no podía negar que antes de la Operación Barbarossa, la Unión soviética era oficialmente una aliada de Alemania, con la que había firmado un año antes un Pacto, el Pacto Molotov-Ribbentrop por el que ambos países se repartían el territorio polaco. El argumento de la *defensa preventiva*¹⁴ caía, por tanto, por su base, y no era suficiente para que los Jueces se inclinaran a favor de los acusados. Los hechos cometidos por los *Einsatzgruppen* y también por el Ejército

¹⁴ Este argumento fue utilizado también por el Presidente USA George W. Bush para justificar la invasión de Irak, apoyándose en el argumento de que Sadam Hussein tenía en su poder armas de destrucción masiva que después se demostró que realmente no existían; críticamente al respecto FLETCHER, ob. cit., p.166.

alemán contra la población civil de los países del Este de Europa que habían invadido, y sobre todo contra la población judía, eran terribles y el castigo para sus principales responsables tenía que ser terrible también, es decir, la pena de muerte. El único modo de evitarla era recurrir a un elemento subjetivo; es decir, a algún motivo o razón subjetiva que anidada en la mente de los acusados pudiera servirles, si no para justificar, sí al menos hacer comprensible su actuación. Objetivamente, no se podía decir que no actuaron antijurídicamente, pero, utilizando el principio reconocido en el Derecho penal del Common Law, que es también el de los Estados Unidos, *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, es decir, el «acto no hace el delito, si no va acompañado de una mente criminal», y el otro principio también formulado en latín, pero de origen más bien maquiavélico, *necessitas non habet legem*¹⁵ (en alemán: *Not kennt kein Gebot*), Maurach alegaba que su defendido Ohlendorf, e indirectamente todos los acusados en el Proceso 9 actuaban en «estado de necesidad putativo del Estado, o en defensa putativa del Estado alemán por razones ideológicas».

Lo que Maurach venía a decir al final de su dictamen, después de reconocer la gravedad y el horror de los hechos de los que eran acusados Ohlendorf y los demás Jefes, era, pues, que éstos estaban convencidos de que lo hacían para defender a Alemania del peligro bolchevique vinculado al judaísmo, ya que la mayoría de los dirigentes bolcheviques eran también judíos. Según Maurach, los hombres de los *Einsatzgruppen*, unos 3.000 voluntarios divididos en cuatro batallones (A, B, C, D) a lo largo de todo el frente del Este de Europa, desde los Países bálticos hasta el Mar Negro, a los que Heydrich y Himmler habían encomendado la «limpieza étnica»¹⁶, eran una especie de «delincuentes por convicción o por conciencia», que actuaban sin duda con una conciencia equivocada, un *irrendes Gewissen*, pero que no merecían que se les condenara a la pena de muerte. Porque, en definitiva, era de eso de lo que se trataba, ya que una vez comenzada la «guerra fría», era muy probable que, aunque los acusados fueran condenados a prisión perpetua, al poco tiempo pudieran salir en libertad, como efectivamente sucedió en muchos casos. Una vez que comenzaron los enfrentamientos con la Unión soviética, con motivo del bloqueo de Berlín, a los Estados Unidos ya no

¹⁵ Véase MUÑOZ CONDE, *Estado de necesidad y tortura, Necesitas non habet legem?* en Homenaje a Santiago Mir, 2017.

¹⁶ Sobre los *Einsatzgruppen* su organización y actuación en el frente del Este de Europa, véase el libro de Helmut KRAUSNICK, *Hitlers Einsatzgruppen, Die Truppen des Weltanschauungsgrieges 1938-1942*, Fischer Taschenbuch, 1989.

les importaban que los dirigentes alemanes que aún quedaban por desnazificar, juzgar y condenar hubieran sido nazis, incluso nazis muy importantes y criminales de guerra; lo que les interesaba sobre todo era que fueran anticomunistas, furibundo anticomunistas, dispuestos a luchar contra el comunismo amenazante que venía de la Unión soviética y de los países del Este de Europa, que habían caído en la esfera de su influencia de la Unión soviética.

Lo que no decía Maurach, era que él, antes que anticomunista, había sido un fervoroso antisemita, y que en sus numerosas publicaciones sobre el tema siempre había defendido la tesis de la estrecha relación existente entre judaísmo y bolchevismo, que era precisamente la misma en la que ahora se apoyaba para defender a Ohlendorf. Afortunadamente para él, los Tribunales de Nuremberg no tuvieron noticia de esta vertiente antisemita de Maurach. Sus publicaciones antisemitas habían quedado en Königsberg, en la zona de ocupación soviética, y tampoco fueron conocidas en el proceso de desnazificación, en el que quedó libre, sin cargo alguno (*unbelasted*)¹⁷.

¹⁷ Véase las referencias al mismo en la amplia y bien documentada biografía sobre Maurach de NEHRlich, ob.cit., p.389-307. La tesis de Maurach era, por lo demás, un ejemplo típico de antisemitismo, aunque disfrazado con la etiqueta del antibolchevismo, llevado hasta sus últimas consecuencias. Durante su etapa de Profesor de Derecho penal y Derecho del Este de Europa en las Universidades de Breslau y Königsberg, no solo había publicado veintisiete artículos de contenido antisemita, sino también una voluminosa monografía, «Judenpolitik in Russland» (1938). En ellos defendía la tesis de la identificación de judaísmo con bolchevismo que luego plasmaría como argumento central de sus dictámenes. También durante su estancia en Riga, Letonia, donde se había refugiado tras haber conseguido escapar de Rusia, y concretamente de Simferopol (Crimea), donde había nacido y vivido hasta los 17 años, había estado vinculado a través de sus primos los hermanos Seraphim, con grupos antisemitas encabezados por Rosenberg, el principal ideólogo del antisemitismo dentro del Gobierno nacionalsocialista. Por tanto no era extraño que, aunque fuera de forma indirecta, su antisemitismo surgiera con toda claridad en el argumento de que, cuando los miembros de los *Einsatzgruppen* en sus campañas de «limpieza étnica» en los territorios del Este de Europa, mataban a familias judías enteras, mujeres y niños incluidos, actuaban en «legítima defensa putativa del Estado alemán por razones ideológicas». Tal alegación se basaba principalmente en la tesis de que judaísmo y bolchevismo eran una verdadera amenaza para la existencia del Estado alemán, por lo que había que erradicarlos preventivamente, antes de que se convirtiera en una realidad. Sobre este y otros dictámenes que escribió en favor de otros acusados en los el Proceso de la IG-Farbe (Proceso 6), el de los Generales del Frente Sudeste (Proceso 7), el del Alto Comisionado militar (Proceso 12), además del más conocido de todos, el de los *Einsatzgruppen* (Proceso 9) hay abundante información en todas las referencias bibliográficas y documentales, además de en las Actas de dichos procesos; véase también las referencias en NEHRlich, o.cit., p.403-412 (recensión de MUÑOZ CONDE, *Reinhardt Maurach, El penalista que vino del frío*, en Revista Penal, 2017); también MUÑOZ CONDE, *Reinhardt Maurach, Vida y obra de un penalista alemán del siglo xx*, en Revista Penal 2021). Recientemente, también se ha publicado en su versión original en italiano y en una traducción al inglés, una extensa monografía de Carlo MATOGNO, *The Einsatzgruppen in the occupied Eastern territories, Genesis, missions and actions*, traducción al inglés de la versión original en italiano, 2018, en la que, en una línea «revisionista» negadora del Holocausto, analiza pormenorizadamente el Juicio de Núremberg contra los *Einsatzgruppen*, y en las páginas 121 a 125 el Dictamen que Maurach escribió para la defensa de Ohlendorf.

El dictamen de Maurach cayó mal incluso entre otros abogados defensores, y al que desde luego no le gustó nada fue al joven Fiscal norteamericano Benjamin Ferencz, que había sido el encargado de mantener la acusación en el Juicio contra los *Einsatzgruppen*, y, por tanto, había tenido que emplearse a fondo para rebatir sus argumentos. Por eso, cuando se enteró de que Maurach había sido propuesto para ocupar la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Munich, vacante por la muerte de su anterior titular Franz Exner, Ferencz, que vive actualmente, enero del 2021, en Florida a sus 101 años, y que en las fechas del Juicio contra los *Einsatzgruppen* tenía poco más de 25 años, denunció a Maurach ante el Alto Comisionado americano en Alemania, diciendo que tenía el «espíritu de Rosenberg y la catadura moral de Himmler», y que «era un verdadero peligro para la democracia»^{18 19}.

No obstante, el 1 de diciembre de 1948, Maurach tomó posesión de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Múnich. La propuesta contaba lógicamente con el beneplácito del otro catedrático de Derecho penal, Edmund Mezger, quien, tras haber estado suspendido de su cargo durante su proceso de desnazificación, y haber pasado algún tiempo en la cárcel por su estrecha vinculación con el régimen nazi, volvió a ser, si es que alguna vez dejó de serlo, una persona de gran influencia en la Facultad de Derecho en la que había desarrollado la mayor parte de su carrera académica.

La relación entre Maurach y Mezger debió establecerse durante la preparación de las defensas en los Juicios de Núremberg. En el Juicio principal Mezger ejerció como defensor auxiliar en la defensa de Konstantin von Neurath, anterior Ministro de Asuntos Exteriores y luego responsable del Protectorado de Bohemia. Von Neurath, un verdadero *gentleman*, perteneciente a una familia noble de Wurtemberg, había sido Embajador en Londres, Santa Sede y Estambul. Su abogado, von Lüdingsen, también de noble linaje, era uno de los abogados más distinguidos dentro del grupo de los abogados de Núremberg. Según dice Seliger, fue Alfred Seidl, el que convenció a Mezger para que se integrara en el equipo de defensores. Al principio, le ofreció la defensa de

¹⁸ Tanto NEHRICH, ob, cit. p. 403, como SELIGER, ob. cit., p. 349, refieren los pormenores de esta denuncia que finalmente quedó en nada.

¹⁹ Después de este Juicio, Ferencz permaneció en Alemania con su esposa Gertrude, muerta en 2019. Algunos años después de los Juicios de Núremberg, negoció con el Gobierno de Adenauer el reconocimiento de indemnizaciones a las víctimas del Holocausto. Actualmente, es uno de los principales defensores de la Justicia penal internacional y del Tribunal Penal Internacional. Sobre la vida y obra de Benjamin Ferencz, hay abundante información en Wikipedia, y entrevistas y documentales en otros lugares de Internet, Google, etc.

Alfredo Rosenberg, el más destacado teórico del antisemitismo y anti-bolchevismo, que fue Ministro de Asuntos del Este europeo en el Gobierno de Hitler, pero Mezger rechazó su defensa en un informe de 10 de noviembre 1945, dirigido a la Comisión encargada de seleccionar a los defensores, manifestando que «no quería verse implicado con nombres con los que no puedo implicarme». Acto seguido decía en el mismo informe que no le importaría encargarse de la defensa de otros menos vinculados al régimen nazi, como el banquero Schacht o el empresario Krupp²⁰. Sin embargo, poco tiempo después de haber comenzado el Juicio principal y de su incorporación a la defensa de von Neurath, por razones que nunca han sido aclaradas, Mezger fue detenido a principios de febrero 1946 y pasó varias semanas en prisión, hasta finales de marzo.

Ello pudo deberse a que alguien que conocía bien su estrecha colaboración con el régimen nazi, lo denunció a los Fiscales que inmediatamente decretaron su entrada en prisión. Tampoco se sabe por qué fue puesto en libertad algunas semanas después. Seliger, citando mi monografía sobre Mezger, tanto en la versión alemana (*Das Urteil von Nürnberg*), como en la versión española (*Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*)²¹, alude a la posibilidad, que yo sugiero, de que, dada la importancia de Mezger dentro del grupo de juristas que más había colaborado con el régimen nacionalsocialista, hubiera sido utilizado como fuente de información en los interrogatorios y luego puesto en libertad. Desde luego, no es extraño que conociendo, como se conoce ahora²², su importante colaboración con el régimen nazi, de la que quedó constancia en el proceso desnazificación al que poco tiempo después de su liberación de la cárcel fue sometido, y en el que al principio fue clasificado como *belasted* (es decir, como persona muy vinculada con el régimen nazi), hubiera razones más que fundadas para detenerlo e incluso acusarlo en alguno de los Juicios que aquel momento se estaban preparando contra otros importantes responsables del régimen nazi. Pero no parece que fuera esta la razón su detención. Como ya antes se ha expuesto, la Comisión encargada de investigar a los candidatos a abogados defensores no fue demasiado escrupulosa en este punto. Tuvo que ser, por tanto, algo más relevante lo que hizo que Mezger fuera detenido

²⁰ Citado por SELIGER, ob. cit., nota 449.

²¹ Véase SELIGER, ob.cit., p. 108 nota 261

²² Véase Gerit THULFAUT, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1981-1963)*, Baden-Baden, 2000; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.ª ed. a. cit

y que después de su liberación tuviera que dejar su puesto en la defensa de von Neurath²³. En todo caso, inmediatamente después tuvo que pasar por un duro y largo proceso de desnazificación en el que, a pesar de los muchos cargos que había contra él, gracias a los apoyos que recibió de importantes personalidades como su colega Exner, o los psiquiatras Kretschmer o Kraepelin, fue calificado finalmente como «*Mitläufer*» (literalmente, «compañero de correrías»), lo que no impidió que pudiera regresar a la cátedra de Múnich, que ocupaba desde 1933²⁴.

Más problemas tuvo, en cambio, Maurach. La denuncia presentada por el Fiscal Ferencz, acusándole de ser un nazi peor que Rosenberg y que Himmler, y de constituir un verdadero peligro para la democracia, motivó que el Alto Comisionado americano de Alemania en Baviera, instara a la Universidad de Múnich para que anulara su nombramiento como catedrático de Derecho penal. La Universidad inició entonces un procedimiento pidiendo a la Facultad de Derecho que emitiera un informe sobre Maurach. La Facultad encargó dicho informe a un grupo de

²³ Resulta, desde luego, sorprendente que en el proceso de desnazificación no se tuviera en cuenta un hecho que demostraba más que ningún otro la fuerte vinculación que tenía Mezger con la sección IV de las SS, encargada de la administración de los campos de concentración y de exterminio, como lo demuestra el hecho de que, tras la aprobación del Proyecto que en colaboración con su colega muniqués Franz Exner redactó sobre «el tratamiento de los extraños a la comunidad», en una Sesión de la Academia de derecho alemán (Akademie für Deutsches Recht) que tuvo lugar en Bad Salzungen el 28 de febrero de 1944, Mezger solicitó y se le concedió autorización para poder visitar los Campos de concentración y pudiera observar directamente en ellos los sujetos («ciertos tipos de personas», decía literalmente la autorización) a los que se refería dicha ley. Después fue nombrado director de unas Jornadas que sobre dicho Proyecto iban a tener lugar a finales de julio de aquel mismo año en Berlín, que fueron suspendidas tras el atentado contra Hitler el 20 de junio (sobre ello puede verse el capítulo V («Bajada a los Infernos») de la 4.^a edición de mi monografía sobre Edmund Mezger, a. cit., pp. 306-337, y el Apéndice documental con fotocopias del Expediente de solicitud y la autorización que le da la referida Sesión IV de las SS para que pudiera visitar especialmente el Campo de concentración de Dachau, cercano a Múnich. A la mayoría de los que se han ocupado de la vida y obra de Mezger, no parece que les interese mucho este oscuro capítulo de su vida, que, a mi juicio, demuestra con toda claridad la estrecha relación que tenía Mezger con la institución más temida y característica del régimen nacionalsocialista, las SS. No entiendo, por tanto, que Kai Ambos califique de «extrañas» estas visitas, remitiendo sin más comentario al capítulo, con anexo documental, que le dedico en mi libro, tanto en su versión alemana, como en español (véase Kai AMBOS, «Criminología nacionalsocialista, continuidad y radicalización», en *InDret Criminología, Revista para el Análisis del Derecho*, num.4, 2020, p.378; también hay una versión en inglés, *Nazi criminology: Continuity and radicalisation*, publicada en *Israel Law Review*, volume 53 Issue 2, 2020, «bizarre visits to Dachau concentration camp», 167). A mi juicio, que Mezger solicitara visitar un Campo de Concentración y que fuera además uno tan característico y conocido como el de Dachau, no solo no es «extraño» («bizarro», en inglés), sino perfectamente coherente con el interés que había puesto en la redacción del Proyecto de Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad, en la defensa que del mismo hizo ante la sesión de la Academia para Derecho alemán, donde fue aprobado, y en el posterior curso que iba a dirigir para los encargados de su ejecución en julio de 1944, que fue suspendido debido a la situación creada por el golpe de estado, Operación Walkiria, contra Hitler, el 20 de junio de 1944.

²⁴ Para más detalles sobre su proceso de desnazificación, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger* a. cit., pp. 370-376.

profesores, entre los que se encontraba Mezger. En su informe los profesores mostraron claramente su disconformidad con el contenido del dictamen de Maurach, pero consideraron que entraba dentro de la libertad científica que podía tener un experto a la hora de valorar unos hechos, y que eso no era incompatible con su puesto como profesor. Tras algunos tiras y aflojas durante todo el primer semestre de 1949 entre la Facultad, la Universidad, el Ministerio de Justicia bávaro y el Alto Comisariado americano, que solicitó incluso la revisión de su proceso de desnazificación, Maurach, que durante el mes de agosto estuvo suspendido de licencia docente, terminó conservando su cátedra a partir de septiembre de 1949, sin que volviera a tener más problemas hasta su jubilación en 1970.

II

Interesante es también la relación con el «grupo de Múnich» que tuvo Franz Exner, el otro catedrático de Derecho penal de la capital bávara, que se encargó de la defensa del General Jodl, Jefe del Estado mayor de la Wehrmacht, en el Juicio principal. En principio, no parecía que fuera el abogado más indicado para llevar a cabo esa defensa, pues más que jurista, Exner era especialista en Criminología, materia a la que dedicó varios trabajos y un importante Tratado traducido al español y al italiano. Parece que Exner, aquejado ya de una grave enfermedad, se vio obligado a asumir esta defensa en parte por sentirse vinculado al espíritu militar, después de haber servido como oficial del ejército austríaco en la Primera Guerra Mundial, pero también por tener algún tipo de relación familiar con la esposa de Jodl, Louise. En todo caso, su actuación como defensor al lado del internacionalista Jahreiss, antiguo colega suyo en Leipzig, no parece que fuera muy afortunada. Seliger dice que sorprendió incluso por su espíritu «hitleriano» y su apasionada defensa de Jodl, con cuyo ideario militarista parecía sentirse plenamente identificado²⁵. Debió ser, por tanto, terrible para él, que, a pesar de sus esfuerzos, su defendido fuera condenado a la pena de muerte, que fue ejecutada junto con la de los demás condenados a la misma pena en el Juicio principal, el 16 de octubre 1946. Su biografía, cada vez más estudiada por los historiadores de la Criminología alemana²⁶, muestra

²⁵ SELIGER, ob, cit, pp, 245-247.

²⁶ Véase Sebastian SCHEERER/Doris LARENZ, *Zum 125 Geburtstag von Franz Exner (1881-1947)*, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform., 89 Jahrgang, Heft 6, 2006;

también las situaciones contradictorias en las que podían encontrarse personas vinculadas con el régimen nazi y su ideología, y que, al mismo tiempo, podían tener algún problema en su vida personal y en el ejercicio de su profesión por causa de las estrictas exigencias racistas de dicho régimen.

En principio, desde este punto de vista, no parecía que Exner fuera a tener ningún problema. Discípulo del famoso penalista, también de origen austriaco, Franz von Liszt, con quien estuvo una temporada en Berlín, tras habilitarse en Viena con un trabajo sobre «La esencia de la imprudencia» (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*), se dedicó fundamentalmente a la Criminología. Primero, con una orientación sociológica que lo llevó a ponerse en contacto y a visitar a algunos criminólogos americanos, como Sutherland; pero posteriormente, se dedicó a la «Kriminalbiologie», más acorde con la ideología biológico racista del régimen nazi. Sus primeros puestos docentes los tuvo en las Universidades de Chernovitz y Praga, pero tras la desaparición del Imperio austrohúngaro en la Primera Guerra Mundial, en la que luchó como Oficial del ejército austríaco, se trasladó a las Universidades de Tübingen y Leipzig. Ya desde los años 20 mantuvo una amplia y amistosa correspondencia con Mezger²⁷, y en abril de 1933, poco tiempo después de que Mezger obtuviera la cátedra de Derecho penal de Múnich, Exner fue nombrado también catedrático en la misma Universidad, lo que hace suponer que ambos siguieron manteniendo una magnífica relación no solo personal y académica, sino también ideológica y científica sobre todo en los planteamientos biológico-racistas en los que se basaban sus respectivos manuales de Criminología²⁸. Esta relación llegó hasta el punto de que cuando el Ministro de Justicia, Thierack, tras la derrota de las tropas alemanas en Stalingrado, en febrero de 1943 encargó a Mezger la realización de un Proyecto para el tratamiento de los asociales, como una forma de ampliar los poderes policiales ante el derrumba-

Andrea Elisabeth SEBALD, *Der Kriminalbiologe Franz Exner*, Frankfurt am Main 2008, Walter FUCHS, *Franz Exner und das Gemeinschaftsfremdengesetz*, Berlin 2006; Thorsten KRÜWINNUS, *Das enge und das weite Verständnis der Kriminalsoziologie bei Franz Exner*, Berlin 2009. No deja de ser curioso que en los últimos años se le haya dedicado a Exner en Alemania varios trabajos monográficos tanto en su papel como criminólogo, como también en su relación con Mezger en la elaboración del Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad, lo que prácticamente salvo en el libro de Gerhard WERLE, *Justiz, Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung*, Berlin 1989, y posteriormente en el mío sobre Mezger, apenas había despertado antes la atención de los especialistas.

²⁷ Agradezco a la Profesora Doris Larenz que haya puesto a mi disposición fotocopias de la correspondencia mantenida entre Exner y Mezger de 1924 a 1945.

²⁸ El de MEZGER, *Kriminalpolitik aus kriminologischer Grundlage*, 1934, 3.^a edición alemana, 1944 (hay traducción española de la 2.^a edición alemana realizada sin más comentarios por Rodríguez Muñoz, 1942).

miento social que empezaba a extenderse por Alemania, éste inmediatamente propusiera a Exner como coautor de dicho Proyecto²⁹.

De todos modos, en la relación que tuvieron Mezger y Exner durante la etapa en la que coincidieron en Múnich, Exner ocupó un lugar secundario, siempre bajo la sombra de Mezger. Y esto que podía explicarse, en parte, por el menor rango académico que tenía la Criminología en relación con el Derecho penal en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de Múnich; se debía también a que en aquel tiempo Mezger era el penalista de mayor prestigio entre los catedráticos de Derecho penal. Pero este papel secundario de Exner pudo deberse también a un «pecado original» que a Exner le costó mucho trabajo purgar y que pesó siempre sobre él como una sombra en la última etapa del régimen nacionalsocialista.

Como informan Scheerer y Lorenz³⁰ en su documentada biografía sobre Exner, en 1939 la Oficina encargada de comprobar la pureza racial aria de los funcionarios detectó que en los antecedentes familiares de Exner aparecía una abuela, que al parecer era hija de un judío converso, lo que conforme a la ley de Depuración de elementos judíos de la función pública promulgada ya en abril de 1933, y a las posteriores Leyes de Núremberg de 1935, era motivo suficiente para inhabilitarlo y expulsarlo de la función pública y, por tanto, para ser catedrático, además de poder ser acusado de falsedad documental por haber omitido este extremo en la declaración jurada que había presentado en 1933. Como es lógico, Exner hizo todo lo posible por desmentir estos antecedentes, presentando todo tipo de documentos que demostraban la pureza de sus antecedentes familiares: una familia vienesa de muy alto nivel (su padre fue Profesor de Filosofía de la Universidad de Viena, un tío fue uno de los precursores de la Física moderna). Y para demostrar que nada tenía que ver con los judíos, llegó incluso en su Biología criminal a hacer alusiones bastante despectivas hacia ellos, calificándolos como una raza proclive a la estafa, a los fraudes, a la usura, al falso testimonio y a los delitos contra la moral³¹.

Finalmente, en 1940, Exner consiguió quedar exonerado de esta acusación, pero la sospecha quedó ahí, y quizás por esto aceptó la opor-

²⁹ Sobre ello remito a los materiales incluidos en el capítulo III de la 4.ª edición de mi libro *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, p.169 a 250, y a la extensa bibliografía aparecida después sobre este Proyecto y la intervención de Exner en él, anteriormente citada.

³⁰ En *Monatschrift für Kriminologie*, a. cit., pp. 445-446

³¹ Véase Franz EXNER, *Biología criminal* a. cit., pp. 103-108. Esta alusión a los judíos fue eliminada en la 3.ª edición que se hizo de esta obra después de su muerte en 1949,

tunidad que le brindaba Mezger de demostrar su afinidad con los postulados racistas de la Criminología nazi, colaborando en el Proyecto que Mezger estaba preparando por encargo del Ministerio de Justicia para el tratamiento de los asociales, a los que luego llamó «extraños a la comunidad»³².

III

Una vez terminados los Juicios de Núremberg, una buena parte de las personas que ocuparon los cargos más importantes en las instituciones jurídicas, académicas, políticas y financieras en la recién creada República Federal Alemana, habían sido miembros o dirigentes de las instituciones del régimen nacionalsocialista. Los que fueron condenados a penas de prisión, incluso de prisión perpetua, salvo en el caso de Rudolf Hess que se suicidó ahorcándose en su celda de la prisión de Spandau cuarenta años después de su condena, quedaron en libertad después de haber cumplido solo una parte de las penas que se les impusieron, y se reintegraron con normalidad en la vida social, profesional e incluso política de la nueva República, en la que su primer Canciller Konrad Adenauer procuró siempre dar una imagen de ruptura con el anterior régimen, asumiendo, sin embargo, la continuidad en sus instituciones de destacados miembros del mismo.

En todo caso, y por lo que se refiere a los miembros del grupo o cuarteto de Múnich a los que me he referido en este trabajo, su participación en los Juicios de Nuremberg no tuvo ninguna repercusión negativa en sus vidas profesionales, más bien les facilitó o favoreció el triunfo social, profesional o político³³.

Alfred Seidl se convirtió en un importante miembro del Partido Demócrata Cristiano bávaro, la CSU, y en Presidente de su grupo parlamentario. Fue Ministro de Justicia y de Interior en el Gobierno bávaro, y fue condecorado con la Gran Medalla al Mérito de la República Federal, y con la Orden del Mérito bávara. Continuó defendiendo en diferentes procesos a criminales nazis, y a la IG-Farbe en los procesos

³² Las relaciones entre Mezger y Exner en relación con la redacción de este Proyecto han sido ampliamente comentadas por los biógrafos de Exner, anteriormente citados. También Kai AMBOS («Criminología nacionalsocialista, continuidad y radicalización», en *InDret Criminología*, a. cit.) se refiere a la relación que tanto Mezger, como Exner tuvieron con la orientación biológica racista la Criminología alemana en aquella época.

³³ Muchas de sus biografías, incluso más detalladas, se pueden ver también en la Wikipedia alemana y en los trabajos monográficos, libros, etc., dedicados a muchos de ellos.

civiles que tuvo esta empresa por la explotación de los trabajadores forzosos. En los años 70 se pronunció a favor de la reintroducción en el Código penal de la pena de muerte contra los terroristas del Ejército Rojo de Liberación. Después de su muerte (1993) se supo que junto con el catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Múnich, también Ministro de Educación en el Gobierno bávaro, Theodor Maunz, había sido un frecuente colaborador del periódico de extrema derecha *National Zeitung*.

El otro miembro del grupo de Munich, Rudolf Aschenauer, además de la defensa de Ohlendorf en el Juicio contra los *Einsatzgruppen*, se encargó también de la defensa de algunos acusados en otros Juicios, y luego de que fueron condenados, encabezó campañas pidiendo su liberación y la anulación de esos Juicios, llegando a contactar con el Senador USA Joseph McCarthy, famoso por su campaña contra el comunismo. Se encargó también de la defensa de los acusados en el Proceso que ya ante un Tribunal alemán tuvo lugar en lugar a finales de los años 50 en Ulm contra algunos miembros de los *Einsatzgruppen*; y defendió a Wilhelm Boger, principal acusado en el Proceso que tuvo lugar en los años 60 contra los principales responsables del Campo de Exterminio de Auschwitz. Hasta su muerte (1983) fue destacado miembro de organizaciones de extrema derecha, y de asociaciones de ayuda a soldados alemanes prisioneros en la Unión soviética (*stille Hilfe*) y de antiguos miembros de organizaciones nazis.

Por lo que se refiere a Reinhart Maurach, tras superar los problemas suscitados con motivo de su nombramiento como catedrático en la Universidad de Múnich, se mantuvo en su cátedra hasta su jubilación en 1970. En 1952, como es habitual en la Universidad alemana, y también como muestra de agradecimiento, junto con su colega Karl Engisch, sucesor en la cátedra de Mezger, editó un libro Homenaje a Mezger, con motivo de su jubilación³⁴, y siguió con sus actividades académicas, escribiendo un Tratado de Derecho penal, Parte general y Parte especial. Luego fue nombrado director del Instituto de Derecho del Este europeo de Múnich y escribió varias monografías sobre Derecho soviético. También llevó a cabo otras actividades de tipo extraacadémico participando, junto con Rudolf Aschenauer, en las Asociaciones en favor de los soldados alemanes presos en los campos de concentración ruso y reivindicando la pertenencia a Alemania de los territorios ocupados por rusos y polacos. En 1964 escribió un dictamen

³⁴ Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15-10.1953, München-Berlin 1954.

a favor de un oficial alemán acusado de haber masacrado a toda una familia en el frente ruso durante la guerra, consiguiendo su absolución. Como especialista en Derecho de los países del Este europeo se integró en la Organización Gehlen, una especie de subagencia de la norteamericana CIA, encargada de labores de contraespionaje en los países del Este de Europa bajo la influencia de la Unión Soviética, y actuó como asesor del Gobierno en el Proceso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán que declaró ilegal el Partido comunista. En 1968, al final de su carrera académica, grupos de estudiantes colgaron algunas pancartas y pegaron carteles en las paredes de la Facultad de Derecho exigiendo su dimisión y la de otros ocho colegas, por sus anteriores vinculaciones con el régimen nazi, con lemas como: *Maurach, Maunz, Schmaus, aus der Universität raus* o *Boykottiert die Vorlesungen von Maurach*³⁵.

En cuanto a Edmund Mezger, creo que ya he expuesto en mi monografía sobre él todo lo que tiene que ver con sus relaciones con el régimen nacionalsocialista y su posterior rehabilitación³⁶. Tras su «bajada a los infiernos», elaborando, junto con su colega Franz Exner, el Proyecto para el tratamiento de los «extraños a la comunidad», visitando el Campo de Concentración de Dachau para ver lo que se podía hacer con ellos allí, y realizando otras actividades semejantes que un colega

³⁵ Esta última parte de la vida de Maurach es apenas tratada por su principal monografista y biógrafo NEHRLICH, quien le dedica apenas dos páginas (cfr. NEHRLICH, ob. cit., pp. 412-415 (*letzte Lebensjahre*: últimos años de vida). Sobre ello MUÑOZ CONDE, *Reinhard Maurach, Vida y obra de un penalista alemán*, a. cit., y también la biografía de Maurach que aparece en la Wikipedia alemana, de.wikipedia.org.

³⁶ MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* a. cit. Constituye para mí un motivo de satisfacción que esta obra, a pesar de los ataques insultos y descalificaciones que tuve que soportar por parte de algún colega, cuyo nombre por respeto a su memoria prefiero no citar, se ha convertido tanto en la edición española, como en la brasileña traducida por Paulo Busato, y en la alemana que hizo Moritz Vormbaum en cita obligada en casi todas las obras que posteriormente se han referido a la vida y obra de Mezger y a sus relaciones con el régimen nacionalsocialista. Pero reconozco que, en parte, tiene razón Bernd RÜTHERS en su por lo demás elogiosa reseña a la edición alemana de mi obra (en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, Band 127, Heft 1, pp. 999 ss.), cuando me reprocha (p. 892) «el tono moral y el permanente enfado» que muestro en ella. Sigo pensando, sin embargo, que era lo menos que podía expresar después de los ataques que venía recibiendo por parte de algunos de los fervorosos partidarios de Mezger y quizás también de su ideología, y después de haber escuchado tantas veces al director de mi tesis, que fue discípulo de directo de Mezger en Múnich en los años 50, que me hablaba siempre de él como un modelo de honestidad, bondad y humanidad, además de ser, por supuesto y en eso le doy plenamente la razón, un excelente cultivador de la Dogmática jurídico penal, como demostró con su Tratado de Derecho penal, antes de que comenzara su colaboración entusiasta con el régimen nacionalsocialista. Lo que una vez más demuestra que, como ya he dicho en otra ocasión, «la más refinada Dogmática jurídica puede ir paralela e incluso servir de legitimación a la barbarie revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho» (MUÑOZ CONDE, *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo*, en *Revista Penal*, num. 26, 2010).

alemán califica como las «*Verirrungen von Herrn Mezger*», una vez desnazificado, recuperó su cátedra de Múnich, y en 1950 publicó una monografía³⁷ como complemento a la 3.ª edición de su Tratado, que mantuvo inalterado tal como lo dejó en 1933, en la que reivindicaba la elaboración dogmática del Derecho penal como la principal tarea, que, según él, había quedado ensombrecida en los anteriores años por su «más mundana hermana» la Política criminal. Con esta publicación inició además una polémica con su más joven colega de Bonn, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la teoría general del delito, que aún hoy es objeto de discusión en la Dogmática penal alemana y por su influencia en la hispano parlante. Como resumen de su Tratado escribió un *Studienbuch* de Parte General, y luego otro dedicado a la Parte especial, que gozaron de bastante éxito entre los estudiantes de Derecho en los años 50 y 60. En 1954 fue nombrado Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Código penal en el Gobierno de Konrad Adenauer. De su pasado nazi ni una palabra.

A los pocos años de terminada la Guerra, la República Federal de Alemania, gracias a la ayuda económica que le brindaron los Estados Unidos con el Plan Marshall, y a la tenacidad y capacidad de trabajo de sus habitantes, volvió a recuperar su bienestar económico, que a partir de los años 50 fue incluso superior al de Inglaterra y Francia que paradójicamente habían sido vencedoras en la contienda. También fue muy superior al de su hermana, habría que decir mejor hermanastra, la República Democrática Alemana, que con un régimen comunista y bajo la presión de la Unión soviética, implantó un sistema autoritario, en el que sus juristas, sin pasado nazi, tras la depuración de los que sí lo tenían en los procesos que tuvieron lugar a principios de los años 50, jugaron un papel secundario, mediocre y puramente burocrático³⁸.

Mientras tanto, el pasado nacionalsocialista sigue pesando como una sombra sobre la Historia de la actual República Federal. Los diferentes intentos llevados a cabo en los últimos años para juzgar a algún anciano de más de 90 años que fue vigilante u ocupó algún cargo subalterno en los Campos de exterminio nazis, la llamada *Spätverfolgung*

³⁷ *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Muñoz Conde, Valencia 2000.

³⁸ Sobre el papel de los juristas en la antigua República Democrática Alemana, véase Francisco SOSA WAGNER, «Juristas en la desaparecida República Democrática Alemana», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nums. 90-91.

(persecución tardía), tienen un valor puramente simbólico³⁹, que no puede evitar el mal sabor o la mala conciencia que han dejado en muchos juristas los fracasados intentos de someter a juicio a criminales nazis que después de la guerra camparon libres sin el menor problema y que cuando alguna vez fueron juzgados, consiguieron eludir sus responsabilidades con diversas construcciones jurídicas de las que ya me he ocupado en otros trabajos, a los que me remito⁴⁰.

Sevilla, 27 de enero 2021, 76 aniversario de la Liberación de Auschwitz.

³⁹ Véase ROXIN, «Beihilfe zum Mord durch Dienst im Konzentrationslager Auschwitz», en *Juristische Rundschau*, volumen 2017, Issue 2 (2017). Thomas VORMBAUM, «Rechtsstaatliche Vergangenheitsbewältigung», en *Transitional Justice, Justizministerium Nordrhein-Westfalen*, 2016, pp. 28 ss., considera, en cambio, que este tipo de procesos no son verdaderamente serios desde el punto de vista jurídico.

⁴⁰ Véase por todos, MUÑOZ CONDE, «La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado», en *Revista Penal*, 2013 (también en Homenaje Nodier Agudelo, Bogotá 2013; también en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, Dino Carlos Caro García (dir.), 3, Lima 2015). Versión alemana publicada con el título: «Mittelbare Täterschaft als Instrument für die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit», en *Festschrift für Wolter*, 2013.

LA REPARACIÓN COMO ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CONTEXTUALIZADA EN EL MARCO DE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS

FERNANDO NAVARRO CARDOSO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

DANIEL MONTESDEOCA RODRÍGUEZ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

*A Luis Arroyo Zapatero, gran penalista,
y gran humanista, con profundo afecto.*

I. Introducción

Una de las principales novedades del Derecho Penal positivo en las últimas décadas es la incorporación de la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal. La regulación ha ido acompañada, razonablemente, de preceptos que delimitan la punibilidad de sociedades de carácter empresarial.

Dentro de esta progresiva normativización jurídico-penal de la actividad delictiva de la persona jurídica, se ha querido extender su encaje en el ordenamiento jurídico, al punto de que alcance a actuaciones que puedan incidir en la cantidad de reproche penal, en concreto, a las circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal. Entre estas últimas se encuentra la reparación del daño causado por el ente colectivo.

Las vías para lograr la reparación efectiva son complejas, pues deben tenerse en cuenta varios extremos, esencialmente, la actitud proactiva y disponibilidad para su realización por parte del sujeto activo, así como la «cantidad» de daño provocado y las medidas que específicamente se adopten para repararlo.

Una de las más eficaces para la lograr la satisfacción frente al daño causado por el delito es el proceso restaurativo, el cual, bajo el prisma de la Justicia Restaurativa, contiene una amplia diversidad de técnicas, empleadas como complemento –y no alternativa– del sistema penal.

Hasta ahora era frecuente observar cómo conflictos de naturaleza penal se resolvían en procesos ordinarios en los que los protagonistas eran el victimario y la víctima, el sujeto activo y el sujeto pasivo, personas físicas. No obstante, la flexibilidad del proceso restaurativo permite también extender su radio subjetivo, de modo que englobe a la persona jurídica como sujeto de acción reparadora, integrando su potencial encaminado a restaurar el daño. Esta aseveración viene motivada porque, en términos generales, la responsabilidad criminal de las personas morales no supone la exclusión de la responsabilidad de las personas físicas, pudiendo ambas ser sujetos de sanción, diversificando el sentido de la pena y, con ello, el de la reparación¹.

Es incuestionable que la Justicia Restaurativa, a pesar de las referencias extravagantes que pretendían la promoción de un sistema alternativo, se complementa perfectamente con nuestro sistema de justicia penal, generando más interés debido a sus bondades y beneficios, tanto para la víctima del delito como para el victimario.

Quizá fue esa consideración de «camino alternativo» la que despertó la desconfianza inicial, si bien no fue óbice para su progresiva proyección, debido principalmente a sus óptimos resultados en la aplicación de sus técnicas en el ámbito de la reparación efectiva de las víctimas, así como de la rehabilitación del autor del hecho ilícito.

Respecto a las técnicas restaurativas, se hace necesario realizar una distinción terminológica con el fin de evitar confusiones respecto a su estructura y práctica. Esta discusión epistemológica concentra un aparente nudo gordiano en la utilización de la mediación como concepto². Es preciso insistir en que la mediación no deja de ser una técnica integrada en el proceso restaurativo, y que este reúne una variedad de herramientas que se combinan con la finalidad de llegar a alcanzar una reparación eficaz, y con ello, una disminución de los factores criminógenos en el comportamiento del victimario o sujeto activo, provocando, así, la disminución de los niveles de riesgo de reincidencia. De re-

¹ NIETO MARTÍN, A., «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en Hoyos Sancho, M. (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 326.

² MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Justicia Restaurativa: discusión sobre su aplicación en la Justicia Penal de menores», en *Diario La Ley*, núm. 9780, 2021.

sultas, el proceso restaurativo es el vehículo, mientras que la mediación es únicamente una de sus tantas piezas.

II. Principios y garantías fundamentales en la aplicación de la vía restaurativa

Los principios teóricos del paradigma restaurativo se asientan sobre tres importantes columnas³. La primera de ellas es la de restaurar o recomponer la situación, en la medida de lo posible, a su estado original respecto de aquellos sujetos que se han visto perjudicados por la comisión del delito. En segundo lugar, ofrecer la posibilidad, a los que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, de participar voluntariamente en su respuesta. Y, en tercer lugar, teniendo en cuenta que el Estado es el garante de preservar el justo orden público, la comunidad, como parte del mismo, debe ayudar a construir y a mantener la paz social.

Dicho lo anterior, y desde el ámbito práctico, en el párrafo trece del *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se detallan de manera formal los principios y garantías fundamentales a tomar en cuenta en la aplicación de este modelo⁴:

1. La víctima y el ofensor deben tener el derecho a consultar con sus abogados o asesores legales las cuestiones relacionadas con el proceso restaurativo.
2. Antes de acordar la participación en procesos restaurativos, las partes deben estar debidamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.
3. Derecho a no participar: ni la víctima ni el ofensor deben ser obligados o inducidos de ninguna forma a participar en procesos restaurativos o a aceptar sus resultados.
4. La participación de un investigado, procesado o acusado en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como prueba de admisión de culpa en el procedimiento penal.

³ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 34.

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*, Viena, 2006.

5. Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas.

6. Confidencialidad del procedimiento: las discusiones en procesos restaurativos deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas.

7. Supervisión judicial: los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales. Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por las partes.

8. Falta de acuerdo: si no se alcanza un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del investigado, procesado o acusado en procedimientos penales posteriores.

9. No se incrementa la pena por falta de acuerdo: si no se llegara a un acuerdo en el curso de un proceso restaurativo, ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

En el año 2015 se aprueba, por fin, un estatuto de la víctima del delito, que dedica su art. 15 a los «Servicios de justicia restaurativa»⁵.

Con todo ello, podemos definir la mediación penal como la técnica de corte restaurativo que a través de un tercero (mediador penal o facilitador) equidistante, sin interés en ninguna de las partes, permite la comunicación voluntaria entre ambas respecto del ilícito penal discutido y la reparación del daño causado⁶.

Se trata de una técnica de resolución de conflictos, formal y estructurada, como el resto de los diferentes tipos de mediación, pero que se emplea en el ámbito de la justicia penal. Es, además, el recurso restaurativo más conocido, pero por desconocimiento, o porque se ha utilizado su concepto de forma general, de modo que se ha ido extendiendo su significado más allá de sus propios límites, siendo confundida con otras técnicas, especialmente con la técnica de conciliación.

Según establece el ya citado Manual sobre programas de Justicia Restaurativa, un proceso restaurativo «es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjun-

⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril).

⁶ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, cit., p. 125.

to de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador».

De acuerdo a los principios básicos, «un resultado restaurativo es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. El acuerdo puede incluir remisiones a programas como el de la reparación, el de la restitución y el de los servicios comunitarios, encaminados a atender las necesidades y las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente».

Esta filosofía restaurativa no puede conducirse de forma extraña al Derecho Penal. Su complementariedad con nuestro sistema de justicia penal es, por tanto, indiscutible, si bien debe cimentarse a través de principios penales básicos, de modo que ofrezcan el suficiente soporte para su aplicación. Estos principios no excluyentes son el de proporcionalidad, oportunidad y resocialización.

1. *Principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad o prohibición del exceso contiene la siguiente máxima: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Como afirma Arroyo Zapatero, «en lo que a la Constitución española se refiere puede estimarse consagrado como principio general del Ordenamiento jurídico en el art. 9.3 con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: interdicción que vale tanto como de prohibición del exceso o como un mandato de actuar de forma razonable o proporcionada»⁷.

El poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima –manifestación del principio de proporcionalidad–, sustentando la idea de que el Derecho Penal solo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídico-penales más importantes. Por tanto, también le corresponde el restablecimiento de la denominada paz social que ha sido alterada por el comportamiento desviado delictivo.

Ahora bien, las alabanzas a la idea de «Derecho Penal mínimo» no devienen de forma necesaria en la necesidad de orillar, eludir, intereses

⁷ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal y Constitución (II)», en Demetrio Crespo, E./Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediciones Experiencia, 2016, p. 143.

de naturaleza colectiva⁸. Dicho de otro modo, los procesos restaurativos sirven también frente a delitos que tutelan bienes jurídico-penales colectivos, lo que resulta de especial relieve aquí, pues la inmensa mayoría de los tipos penales donde se prevé la responsabilidad criminal de una persona jurídica tutelan intereses supraindividuales.

Eso sí, como es por todos sabido, su intervención queda supeditada a la constatación de la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, tomando de este modo carta de naturaleza el carácter subsidiario del Derecho Penal; conjugado, a su vez, con su carácter fragmentario, esto es, seleccionando las conductas más graves e intolerables⁹. De hecho, sobre esto ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo (STS 434/2014, de 3 de junio, FD 1.º), afirmando que «la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos».

Resulta claro también que minimizar la intervención del Derecho Penal como esencia de *ultima ratio* es una premisa político-criminal que debe tener en cuenta el legislador, pero que en la práctica colisiona con las exigencias marcadas por el principio de legalidad, en el sentido de que es al propio legislador a quien le compete definir, con el establecimiento de tipos y sanciones, la frontera de la intervención del Derecho Penal¹⁰.

⁸ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «Proporcionalidad, oportunidad y resocialización como principios conectores del Derecho Penal y la Justicia Restaurativa», en *Diario La Ley*, núm. 9745, 2020.

⁹ La subsidiariedad significa que al Derecho Penal le corresponde la tarea de sancionar con las penas más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídico-penales más importantes y, en este sentido, puede decirse que el Derecho Penal es subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto que no entra en juego más que cuando el ataque sea muy grave o cuando el conflicto no pueda ser solucionado con otras medidas menos radicales. Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 72. Sobre la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, vid., passim, NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001; el mismo, «A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 263 a 292. Como sostienen estos autores, la subsidiariedad, accesoriedad o secundariedad, no es más que una de las consecuencias que se deriva del principio de intervención mínima. Y este principio no puede entenderse de manera autónoma respecto de los que constituyen las garantías constitucionales, como recuerda también VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 1998, p.173. Ello solo ocurre con las «normas penales en blanco», donde parte de sus supuestos de hecho se recogen en normas de otras ramas del Derecho a las que la norma penal remite expresamente. Incluso en estos casos, el Derecho Penal tiene sus propios principios y decide qué parte de esos supuestos incluye en la categoría de delitos. Vid. GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 14, 2004, pp. 193 a 195, donde se hace eco de esta problemática.

¹⁰ Mencionar el principio de legalidad obliga, indefectiblemente, a citar un clásico en la materia, ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 9 ss.

De otro lado, el principio de intervención mínima se entiende únicamente si se encuentra integrado en un marco de cambio social con la orientación puesta en la descriminalización de determinados actos o comportamientos que han dejado de tener, con carácter general, reproche social; pero también una dirección inversa que conduzca a la criminalización de ataques a bienes jurídicos que esa transformación social ha convertido en trascendentes.

El principio de proporcionalidad puede también desplegarse como consecuencia de la previsión legislativa de la pena, exigiendo una adecuada relación entre la gravedad de la sanción penal y la significación del bien jurídico que protege la figura delictiva y las concretas formas de ataque por parte de un determinado comportamiento delictivo.

En este marco de actuación, la vía restaurativa se presenta como una herramienta sólida y eficaz, en la medida en que el principio de proporcionalidad puede expandirse también conforme a la denominada aplicación judicial, en tanto que en las respectivas resoluciones se motive la pena desde una perspectiva garantista. Esta se concreta con la determinación de los grados máximos de penalidad, permitiendo la reducción y sustitución de la sanción penal, llegando en supuestos concretos a prescindir de la pena¹¹.

2. El principio de oportunidad

El art. 25.1 CE establece que *«nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*. Consagra, así, el principio de legalidad.

La exigencia contenida en dicho principio no resulta violentada ante la posibilidad de acordar, por razones de oportunidad, recurrir a la incorporación y utilización de vías de carácter restaurativo dentro del funcionamiento del sistema penal. De este modo, apoyarse en el principio de oportunidad significa en la praxis judicial disponer, en determinadas situaciones, del ejercicio de la acción, facilitando de esta forma la expansión de la utilización de instrumentos restaurativos en el curso del procedimiento penal.

En ese contexto aparece de forma pacífica la figura procesal de la conformidad, de acuerdo a lo establecido en la LECrim, especialmente,

¹¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal y Constitución (II)», cit., p. 149.

en su art. 655, el cual establece que, cuando la pena solicitada por las acusaciones tuviese carácter correccional, al evacuar el traslado de calificación por parte de la defensa, podrá mostrarse conforme con aquella pena más grave solicitada. Si por parte de la dirección legal del acusado no se estima necesaria la continuación del juicio, el Tribunal, previa ratificación de la conformidad por el interesado, dictará sentencia conforme a la calificación aceptada por las partes, sin que pueda imponer una pena mayor. Asimismo, el art. 784 dispone que la defensa, en su escrito firmado también por el acusado, podrá mostrar conformidad con las acusaciones según lo previsto en el art. 787, que establece que, con carácter previo a la práctica de la prueba, podrá solicitar al juez o tribunal que se dicte sentencia de conformidad con arreglo a la pena más grave solicitada por las acusaciones, para el supuesto de que no excediera de seis años.

En la misma línea, el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, permite su conformidad con la pena pedida para el acusado, dictándose en este caso sentencia de conformidad¹². De este modo, se procederá a la disolución del jurado cuando las partes interesaren que se dicte dicha sentencia de conformidad con la pena de mayor gravedad solicitada, siempre que esta no exceda de seis años de prisión, sola o en conjunto con multa y privación de derechos.

Se añaden, en el mismo sentido, los supuestos en los que se da comienzo por parte del Ministerio Público al proceso por medio de aceptación de decreto, en los que el investigado acepta la propuesta, extinguiendo así el proceso penal conforme a lo establecido en el art. 803 y ss. LECrim, como vehículo de aceptación o reconocimiento de los hechos, siendo por consiguiente una puente legal a la aplicación de los procesos restaurativos al proceso penal, admitiendo la incorporación de los acuerdos reparadores.

Es un buen ejemplo la previsión que realiza el art. 201 CP respecto al descubrimiento y revelación de secretos: «Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal.

1. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Codi-

¹² Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, 23 de mayo).

go, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

2. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130»; dándose entrada, por tanto, al principio de oportunidad, existiendo con ello un evidente proceso de selección.

Esta dirección que apunta hacia criterios de oportunidad facilita un mayor protagonismo de la víctima en el proceso penal y permite reforzar su figura en el establecimiento de la reparación del daño¹³, como así se indica en el Preámbulo de la ya mencionada Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima: «La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal».

Por tanto, este principio de oportunidad, que nos brinda posibilidades de aplicación de la vía restaurativa en el proceso penal, es acorde con el marco constitucional, manteniendo las exigencias que sobre derechos fundamentales le asisten al supuesto victimario o autor de un delito.

De otro lado, en el art. 15 del citado Estatuto jurídico de la víctima, relativo a los servicios de justicia restaurativa, se establece lo siguiente: «1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

¹³ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos», en *La Ley Penal*, núm. 148, 2021.

- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

3. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

4. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

Estimamos necesario destacar que se introduce de manera confusa, a nuestro entender, el requisito donde se determina que «el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad». Debe resultar indubitado que le asiste el derecho a la presunción de inocencia rodeado de las necesarias garantías que consagra el art. 24.2 CE, sin que deba considerarse, por tanto, la previa participación voluntaria en el cauce restaurativo, un reconocimiento anticipado de la responsabilidad.

Entendemos que solo así se garantizan los derechos incorporados al citado artículo 24.2 de la carta magna. En esta línea, la Recomendación (99)19 sobre mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y 11, establece que «antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión, ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión a aceptar el proceso de mediación». Los principios básicos del Manual sobre programas de Justicia Restaurativa (párrafo 7), recomiendan que los procesos restaurativos solamente se usen cuando hay razones suficientes para formular cargos contra el delincuente y se cuenta con su consentimiento libre y voluntario, quien podrá retirar tal consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Los delincuentes también requieren acceso a asesoría legal o información. Para el delincuente, el proceso está lejos de terminar con la celebración de un acuerdo con otras partes. El cumplimiento del compromiso que hace como parte en el acuer-

do es, tal vez, aún más importante. Este segundo aspecto debe comprometer a los delincuentes directamente. Es aquí cuando demuestran que han aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados a ser responsabilizarse de manera real y práctica.

De otro lado, el motivo habitualmente utilizado como argumento contrario a la introducción del proceso restaurativo como complemento en el proceso penal, cual es que puede quebrar el principio de legalidad, no es cierto. Y no lo es porque las posibles vías de carácter restaurativo se deben encontrar bajo la protección, control y exigencia de una legislación que las regule, plasmando las fases del proceso por escrito, para constatación fehaciente, más cuando se trata de acuerdos conducentes a la reparación del daño.

Por ello, resulta necesario que las conclusiones del facilitador, así como el contrato o el documento donde se recoge el acuerdo alcanzado en el marco del proceso restaurativo, sea elevado al juez o tribunal y al Ministerio Fiscal, con el fin de que puedan adoptarse decisiones respecto a los efectos jurídico-penales que traen causa.

3. *Principio de resocialización*

El art. 25.2 CE establece la conexión entre las penas y la reinserción, reeducación y rehabilitación del infractor, apartando así la sanción penal de una finalidad exclusivamente retributiva, y dotándola en su esencia de su potencial reeducacional. El precepto constitucional dispone que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

Partiendo de esta premisa, el proceso restaurativo podría ser un complemento que, a través de la reparación eficaz, ayude a la finalidad de la reinserción, aportando herramientas al sistema de justicia penal, que, de ser utilizadas, amplían el espectro o alcance del fin preventivo-general del Derecho Penal¹⁴.

Es claro, pues, que las bondades de la justicia restaurativa solo pueden entenderse si esta se mantiene dentro del exclusivo ámbito de la justicia penal, tomando así la acertada consideración de ROXIN¹⁵ en

¹⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 222 y 223.

¹⁵ ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, Ed. PPU, 1992, p. 394.

el sentido de que, si la reparación no estuviera bajo la protección del elemento penal, disminuiría su carga intimidatoria.

De esa manera, el esfuerzo realizado por el victimario, conducente a la reparación del daño causado, puede tener un potencial efecto en la minimización de los factores criminógenos, como consecuencia de la situación empática con la víctima, en el sentido de la comprensión del daño causado, limitando así el replicado de su conducta y favoreciendo la reducción de los riesgos de reincidencia delictiva.

Bajo esta filosofía se puede entender que el desarrollo y aplicación de la práctica restaurativa se acomode a todos los supuestos de comisión delictiva, con independencia de su naturaleza y de gravedad.

No obstante lo anterior, a pesar de que la gravedad de las determinadas sanciones penales se correspondan con la trascendencia de la protección del bien jurídico, también se puede afirmar que, incluso en los supuestos de mayor gravedad, sea compatible la aplicación de técnicas restaurativas.

III. La reparación en el ámbito penal

La reparación es uno de los conceptos fundamentales de la justicia restaurativa¹⁶. Constituye, por un lado, la esencia de la restauración del daño causado a la víctima y, a la vez, la consecución del esfuerzo del ofensor en ofrecer con su participación en el proceso restaurativo, la posibilidad de satisfacer las necesidades del perjudicado¹⁷. Por otro, es concebida históricamente como un efecto de la responsabilidad civil derivada del delito, entendida esta como un mecanismo de compensación económica del daño producido como consecuencia de un hecho delictivo¹⁸.

Por la vía de la responsabilidad civil, los tribunales cuantifican en términos monetarios el coste del delito, tanto de los perjuicios materiales o daños físicos, como de los psíquicos. La justicia restaurativa reclama la necesidad de una nueva concepción de la reparación de forma integral, en la que se tenga en cuenta el conjunto de los daños causados

¹⁶ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa», en *Revista Penal*, núm. 47, 2021, pp. 153 ss.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en Tamarit Sumalla, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, 2012, p. 63.

¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, 2007, p. 103.

a la víctima, con especial atención al daño psíquico y emocional, y como respuesta al mismo se espera del ofensor una conducta reparadora distinta de la puramente económica¹⁹. Este sentido más profundo y más justo de la reparación se expresa también en la necesidad de una reparación a favor de la comunidad, afectada de forma indirecta por el hecho delictivo, que alcanza su mayor sentido en los delitos sin víctima o con víctima no participante en el proceso restaurativo; precisamente, aquellos donde mayoritariamente se prevé la responsabilidad penal las personas jurídicas.

Una concepción restaurativa e integral de la reparación lleva a entender que la misma se encuentra asociada a una serie de elementos que permiten garantizarla. Así, una nota esencial de la misma es la idea de reparación según la propia capacidad, que permite atribuir validez a actos de reparación parcial cuando el responsable cumpla con lo exigible según sus circunstancias personales y sociales; extremo que corroboraremos cuando tratemos, más adelante, la atenuante de reparación prevista en la legislación penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰. Esta idea se encuentra intensificada en la medida que se exija en todo caso del infractor un esfuerzo reparador como «condición necesaria para atribuir valor a su acto, de modo que permita compensar el desvalor propio de la acción delictiva»²¹. Según esta concepción, la reparación no es una magnitud que pueda determinarse de modo estático, sino que es posible calibrar la calidad y el valor del acto reparador al efecto de atribuirle consecuencias jurídicas²².

La concepción dominante respecto a los fines de la pena tiende a acentuar los aspectos preventivo-generales y, normalmente en segundo término, los preventivo-especiales. Tanto una como otra finalidad son, a su vez, explicadas según dos dimensiones, positiva y negativa. Una respuesta al delito de tipo restaurativo contiene elementos comunes con la dimensión positiva de la prevención: en la prevención general,

¹⁹ MARTÍNEZ GAMBOA, R. J., *Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal*, Ed. Editorial Academia Española, 2012, p. 35.

²⁰ MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal», en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Ed. UNED, 1989, p. 9.

²¹ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 13.

²² Vid. DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, Ed. Oxford University, 2006. El autor señala que el objetivo principal de un programa de reparación es hacer justicia a las víctimas y comprende un amplio espectro de respuestas orientadas a remediar las diversas formas de daños, entre las que se encuentra la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción, así como aspectos de una dimensión moral, tales como el reconocimiento, que implica el retorno del estatus de ciudadanos a los individuos, y la restauración de la confianza entre estos ciudadanos.

con la idea de restauración de la confianza y de los vínculos comunitarios rotos por el delito, y en la prevención especial, con el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación). La dimensión negativa de la prevención (disuasión en la prevención general e incapacitación en la prevención especial) permanecerá más alejada del ideal restaurativo²³.

Por otra parte, puede pensarse que la pena impuesta en un proceso penal contiene en potencia un cierto poder reparador para la víctima, por su capacidad de afirmar la verdad respecto a lo sucedido y restablecer la dignidad ofendida, compensando el sentimiento de humillación. Pero los ingredientes reparadores del proceso penal pueden aparecer más evidentes si se arbitran mecanismos a través de los cuales se puedan materializar con mayor eficacia, como, por ejemplo, una declaración en sentencia de los efectos que el delito ha tenido para la víctima.

En todo caso, no puede olvidarse que el proceso penal tan solo puede satisfacer estas necesidades reparadoras de manera muy limitada y que en la realización de estas finalidades interfieren los mecanismos de victimización secundaria, como por ejemplo, los efectos de la defensa del ofensor (sobre todo la negación del hecho) o el riesgo de sobreseimiento o absolución (en los supuestos, en que el imputado sea efectivamente el infractor pero no se haya podido probar). Asimismo, la condena del agresor no siempre tiene un efecto benéfico en la víctima, sino que se ha demostrado que, en ciertos delitos, esencialmente aquellos en que existe un vínculo emocional, produce el efecto contrario, pues alimenta su «culpabilización», de tal modo que la ejecución de la pena puede tener efectos indirectos para ella²⁴.

Los procesos de justicia restaurativa están, pues, en condiciones de satisfacer mejor los fines reparadores propios de la pena, incidiendo así, aunque sea de forma parcial, en los fines de prevención general positiva y prevención especial positiva²⁵. En este sentido, debe ser matizada la fórmula según la cual la reparación puede servir como subrogado parcial de la pena. Las consecuencias de la acción reparadora integral respecto a la responsabilidad penal del infractor pueden variar según la naturaleza y gravedad del delito, así como la fase en que se produzca. En la doctrina penal no existe consenso respecto a la medida en que la decisión sobre la intensidad de estos efectos puede

²³ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 16.

²⁴ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, cit., p. 78.

²⁵ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 64.

depender del «valor de acción» del acto reparador, de su «valor de resultado» o de ambos. Adoptando una concepción de síntesis entre ambos conceptos, «el carácter valioso de la acción (esfuerzo reparador) sería condición necesaria para que la reparación pudiera surtir efectos a favor del infractor, y el alcance del resultado reparador permitiría modular la respuesta», en el sentido, por ejemplo, de disminuir más o menos la pena a imponer²⁶.

Los efectos de la reparación dentro del proceso penal pueden derivar de la participación del imputado en un proceso restaurativo, pero también de una acción reparadora, que deberá, de igual modo, reunir las condiciones necesarias para que pueda ser merecedora de valor compensatorio del injusto de hecho. En un plano teórico, tan solo cabrá asumir el valor del acto reparador con capacidad de servir como subrogado de la pena en la medida que contenga reconocimiento del hecho y de los daños en la víctima y que implique un esfuerzo reparador. El esfuerzo y el reconocimiento deberían ser adecuados y proporcionados al tipo de victimización causada, teniendo en cuenta si se trata de un daño material o psíquico y del alcance de ambos²⁷.

A partir de aquí nos centramos en la circunstancia atenuante de reparación prevista en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de la persona jurídica; en concreto, dentro del propio Código Penal.

IV. Sobre las circunstancias atenuantes genéricas

1. Consideraciones introductorias

Las circunstancias atenuantes genéricas para la persona jurídica fueron introducidas, junto con la propia regulación de su propia responsabilidad criminal en el Código Penal, con la modificación operada por la reforma 2010²⁸.

Ubicadas originariamente en el art. 31 bis.4 CP, por mor de la reforma 2015 se encuentran actualmente ubicadas en el art. 31 quáter²⁹.

²⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J., «La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.

²⁷ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Presente y futuro...», cit., pp. 153 ss.

²⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio).

²⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo).

Ha variado la ubicación, pero no la redacción. Así, dicho precepto establece: «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Nos referimos a ellas como atenuantes genéricas por el motivo siguiente. Cuando se trata de cuantificar la responsabilidad criminal de la persona física, el texto punitivo prevé atenuantes genéricas (art. 21 CP), y específicas en distintos tipos penales. Del mismo modo, también se prevén atenuantes específicas en esos o en otros tipos donde se contempla la exigencia de responsabilidad a un ente. Baste recordar que, conforme al art. 31 bis.1 CP, el Derecho Penal ha optado por el sistema de *numerus clausus*, de modo que solo cabe que una empresa pueda responder respecto de los delitos que contengan de modo expreso tal posibilidad. Es el caso de los delitos urbanísticos y de los medioambientales, regulados dentro del mismo Título («De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»); en concreto, arts. 319.4 y 328. Pues bien, el art. 340 dice: «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas». Se está previendo una circunstancia atenuante específica para estos tipos delictivos que alcanza tanto a la persona física como a la jurídica.

Como apuntan González Cussac y Del Moral García, en realidad todas guardan relación con las atenuantes genéricas para las personas fí-

sicas, singularmente la confesión y la reparación³⁰. La semejanza es tal que demandan, como el resto de la doctrina, que se extiendan a estas la exégesis doctrinal y jurisprudencial de aquellas. De hecho, el segundo de los autores citados aprecia excesivo mimetismo y simetría entre ambas, cuando lo recomendable hubiese sido un mayor esfuerzo de adaptación³¹.

2. Naturaleza y fundamento

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado³², dedicada a fijar la posición interpretativa del Ministerio Fiscal en relación con la redacción dada por la reforma 2015 a la responsabilidad criminal de los entes colectivos, dentro del epígrafe dedicado a «El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión» (pp. 18 ss.), en concreto, en el apartado «Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión» (pp. 26 ss.), señala, como novena pauta exegética de los programas de cumplimiento normativo, lo siguiente: «Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, *la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia*³³.

³⁰ Lo que no conduce, indefectiblemente, a sostener que el fundamento coincida entre las previstas en los arts. 21 y 31 quáter, ambos CP. Vid. GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 187 y ss.

³¹ DEL MORAL GARCÍA, A., «Cuestiones generales», en Camacho Vizcaíno, A. (dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 551; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 250.

³² Fiscalía General del Estado: *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

³³ La cursiva no está en el original.

Una exégesis precipitada pudiera inducir a pensar que las atenuantes operan en el marco de la implantación en la empresa de «modelos de organización y gestión» (expresión literal empleada en el art. 31 bis.2 CP, entre otros). Dicho de otro modo, que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de una persona moral solo desplegarán tal eficacia si la empresa ha implementado un *compliance program*, como es también llamado el programa o protocolo de cumplimiento normativo incluso en el mundo de habla española.

Ciertamente ello no se infiere de la redacción legal, ni así lo ha venido interpretando la doctrina científica o la jurisprudencia; al margen, claro está, de la previsión contenida en la letra d) del art. 31 quáter.

Cuestión distinta es que, como apunta la Fiscalía, las atenuantes permitan llegar a la exención de pena. De entrada, no deja de resultar, al menos *prima facie*, una *contradictio in terminis*: o se atenúa la responsabilidad, permaneciendo, en todo caso, o desaparece por la concurrencia de una eximente; siendo técnicamente imposible que una rebaja de la pena pueda culminar en su desaparición. La expresión máxima de aquella es la sustitución –pero no más–, lo que ocurre con la pena de prisión en el sistema penal vía art. 71.2 CP: cuando en aplicación de las reglas de determinación de la pena resulte una de prisión inferior a tres meses, deberá ser sustituida por multa, trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente.

Algún autor ha hecho alusión a tal posibilidad. Se refiere Feijoo Sánchez, a modo de ejemplo, a la colaboración con la justicia. En tanto representa una correcta organización del ente «(por ejemplo, en cuanto el Consejo de Administración tiene conocimiento de que un administrador está intentando sobornar a un funcionario y antes de [que] exista cualquier investigación o procedimiento se presenta la denuncia correspondiente») ³⁴, puede llegar a excluir su responsabilidad penal.

Se trata de atenuantes *ex post factum*, esto es, operan una vez cometido el hecho delictivo.

La doctrina mayoritaria las vincula a criterios de colaboración y estrategia procesal. En tanto despliegan su eficacia una vez consumado el delito, su fundamento se haya ligado a razones pragmáticas o político-criminales ³⁵.

Dos órdenes de consideraciones son en concreto añadidas. La primera reproduce la opinión del Ministerio Público expresado en la cita-

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Díaz-Maroto Villarejo, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas penales*, Ed. Aranzadi, 2011, p. 130.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 122 ss.

da Circular 1/2016 en el sentido de que, como quiera que se trata de actuaciones que tienen lugar una vez descubierto el delito, su adopción pone de manifiesto el compromiso de la empresa con la sociedad³⁶.

La segunda difiere sustancialmente de la anterior. Según Carbonell Mateu y Morales Prats, este sistema de atenuantes «reconduce de manera recurrente a la idea de rendición-colaboración procesal, de arrepentimiento o bien de autoinculpación o aceptación de responsabilidad. Subyace en este entendimiento de las atenuantes un planteamiento inquisitivo *tout court*, en el que queda el ejercicio del derecho de defensa, en caso de no triunfar en términos de absolución, queda punitivamente tarifado, bajo el peaje de exclusión de circunstancias atenuantes». Consecuencia de ello, entienden que «poco compatible parece este régimen de atenuantes con los derechos constitucionales a la defensa y a la presunción de inocencia ex art. 24.2 Constitución Española»³⁷.

En la misma línea se ubican otros autores, planteando por igual sus dudas sobre su compatibilidad con el derecho de defensa, al demandar del imputado una suerte de allanamiento procesal³⁸.

Lo cierto es que se trata, como se ha dicho, de actuaciones que tienen lugar con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, es decir, una vez conformado el injusto culpable. Ello conduce a su ubicación en sede de punibilidad, lo que permite poner el acento en razones político-criminales de necesidad o merecimiento de pena³⁹.

Por último, tratamos aquí la «acreditación parcial» de las condiciones de exención en tanto produce un efecto atenuante en la cantidad de respuesta penal. Se discute, de entrada, su significado, lo que el legislador ha querido decir con tal expresión. La redacción es ciertamente

³⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. J., «Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus administradores», en Giménez Zuriaga, I. (dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 56.

³⁷ CARBONELL MATEU, J. C., MORALES PRATS, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en ÁLVAREZ GARCÍA F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 77.

³⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, p. 284.

³⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Romeo Casabona, C. M./Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Comares, 2013, p. 342; DE LA MATA BARRANCO, N. J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2013, p. 238; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 130; GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 82 y 83; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 614 y 615.

equivoca, pues puede dar a entender que no es tanto un cumplimiento deficiente o insuficiente de las condiciones de exención, como de un déficit probatorio⁴⁰. La doctrina absolutamente mayoritaria opta por lo primero. La rebaja se produce, pues, por mor de la ausencia de un cumplimiento total. Dicho de otro modo, «los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» implementados en la empresa, materializados en un programa de cumplimiento penal, han sido solo parcialmente eficaces en orden a evitar la comisión del hecho delictivo. Y nada tiene que ver con la superación parcial o total de los estándares probatorios constitucionales. Es, pues, una acreditación parcial sustantiva, no procesal, como apunta León Alapont, recogiendo ese sentir doctrinal absolutamente mayoritario⁴¹.

En cualquier caso, es objeto de crítica. En opinión de De la Mata Barranco, la virtualidad atenuatoria se liga a la deficiencia del correspondiente programa o protocolo, premiando el esfuerzo, aun insuficiente, desplegado por el ente. Pero la traducción que hace de esto es ciertamente contundente: «es como decir que no se ha sido totalmente diligente, pero tampoco totalmente negligente, introduciendo confusión y abriendo la puerta a atenuaciones que no tendrán en realidad mucha justificación»⁴².

En segundo lugar, se discute su naturaleza: si opera como atenuante o como eximente incompleta (art. 21 1.ª CP). La discusión no es baladí, pues varía el tratamiento penológico. En el segundo caso, es imperativa la rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 66 bis CP), resultando una pena muy inferior a la que resultaría de tratar tal previsión como simple atenuante (salvo que se valore como muy cualificada). La doctrina mayoritaria se decanta por tratarla como eximente incompleta⁴³.

⁴⁰ JUDEL PRIETO, A., «Las personas jurídicas», en Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 7.ª edic., Ed. Aranzadi, 2017, p. 369.

⁴¹ LEÓN ALAPONT, J., *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 274. En igual sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 204 y 205, remitiendo a GÓMEZ TOMILLO, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», en *Diario La Ley*, núm. 8861, 2016.

⁴² DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos», en Juanes Peces, A. (dir.): *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, núm. 521.

⁴³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Palma Herrera, J. M. (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, 2014, p. 97; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 614.

3. *Numerus clausus*

El art. 31 quáter, como antes vimos, comienza diciendo «Solo podrán considerarse». Se trata, pues, de una previsión excluyente. En otras palabras, el sistema penal español contiene un catálogo cerrado de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque es excluyente, al menos en términos lingüísticos, no es exclusiva, dado que, como acabamos de ver, también se prevé la atenuación/exención parcial de la cantidad de pena en caso de acreditación parcial de las condiciones de adopción de los modelos de organización y gestión. Precisamente por esta razón, sostiene De la Mata Barranco que el recurso a la expresión «solo» resulta incorrecta⁴⁴.

Se apunta que el motivo por el que se establece también un *numerus clausus* en este extremo es la necesidad de evitar que, por analogía, las personas jurídicas puedan beneficiarse de las circunstancias atenuantes previstas para las personas físicas⁴⁵.

El motivo que se arguye es que no son trasladables dada su especial naturaleza⁴⁶. Pues bien, se puede entender, compartiéndose o no, el fundamento de una previsión cerrada de circunstancias aplicables a la persona moral: evitar que puedan beneficiarse de la extensión analógica de las contempladas para las personas físicas. Pero si ese es el motivo, será porque es posible dogmáticamente tal extensión analógica. Por lo tanto, resulta ilógico que se diga, a continuación, sin ulterior matiz, que no son trasladables en razón de su naturaleza. Es a todas luces evidente que un ente colectivo no puede resultar beneficiado de la atenuante de grave drogadicción, o la de obrar por arrebato u obcecación⁴⁷, pero nada obsta respecto de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter objetivo. De hecho, como más abajo veremos, se discute en el seno de la doctrina sobre la extensión de la atenuante de dilaciones indebidas y, precisamente, de la analógica, al punto de que la jurisprudencia está materializando dicha extensión –lo que, a nuestro modo de ver, tampoco debe ser aplaudido, menos aún de

⁴⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión...», cit., núm. 520.

⁴⁵ Recordemos que responde por igual al criterio de catálogo cerrado los delitos que puede cometer la persona jurídica, conforme prevé el art. 31 bis.1 CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables».

⁴⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. J., «Régimen jurídico...», cit., p. 56.

⁴⁷ En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión y modificación de la responsabilidad», en Ayala Gómez, I./Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.): *Memento Práctica Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre, 2016, núm. 1537.

modo entusiástico—. En definitiva, solo responde a un estricto razonamiento lógico-deductivo la exclusión de la aplicación a las empresas de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de naturaleza subjetiva previstas para las personas físicas.

Como puede rápidamente colegirse, esta configuración legal ha generado una intensa controversia, en la que los jueces y tribunales participan. Un sector doctrinal ha criticado que no se hayan previsto las atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica, al punto que propone aplicarlas aun cuando la ley no las recoja. Las razones que se aducen son del siguiente tenor:

1. El «solo podrán considerarse» del texto legal significa que esas son las que el legislador expresamente ha previsto, lo que no excluye la posibilidad de aplicar otras⁴⁸.

2. Resulta discriminatorio tratar de modo desigual a las personas físicas y a las jurídicas, por ejemplo, pudiendo unas beneficiarse de los avatares casuales del procedimiento y otras no⁴⁹.

3. El legislador ordinario no tiene capacidad para derogar el principio constitucional de culpabilidad para las personas jurídicas, de modo que también respecto de ellas la única pena lícita es la adecuada a la gravedad de su culpabilidad, y para su medición habrá que valorar todas las circunstancias concurrentes⁵⁰.

4. Frente a una pena de multa, el retraso del proceso beneficiará más que perjudicará por mor del fenómeno inflacionario: cuanto más tarde se pague, menor será el daño patrimonial. Por el contrario, no puede decirse lo mismo del coste que comporta siempre la pendencia de un proceso penal, el cual también ocasiona indudables perjuicios a una empresa, quebrantos que están en el fundamento de la atenuante⁵¹.

⁴⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 140.

⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2013, pp. 86 y 87; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2012, p. 182; PÉREZ MACHÍO, A. I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*, Ed. Comares, 2017, p. 132; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, cit., p. 140.

⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal...*, cit., p. 141.

⁵¹ DEL MORAL GARCÍA, A.: «Cuestiones generales», Camacho Vizcaíno, A. (dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 552.

5. Respecto de la atenuante analógica, supondría una válvula de escape para que los tribunales operen con una cierta discrecionalidad⁵².

6. El hecho mismo de que se prevean otras, caso de la eximente incompleta del programa de cumplimiento, a la que antes aludimos⁵³.

7. Conjurar el perjuicio reputacional de aparecer como investigada en un proceso penal, así como la posible afectación de la actividad contractual, dado que algunos clientes pueden huir hacia la competencia por el solo hecho de saber que la empresa estaba sometida a proceso penal⁵⁴.

Se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de la no extensión de estas atenuantes, fundamentalmente por dos razones. La primera es la no igualdad y discriminación apuntada en el trato entre las personas físicas y las jurídicas. La segunda, la afectación del derecho de defensa y de la presunción de inocencia⁵⁵.

Frente a este entendimiento, lo cierto es que casi todos los autores admiten que el tenor literal del precepto se erige en argumento infranqueable. Por lo tanto, salvo que se presente una cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional declare la nulidad del precepto, la analogía, como el resto de las atenuaciones no previstas, parecen vetadas precisamente por el claro tenor literal⁵⁶.

Dos razones adicionales. Primera. Si el fundamento de la atenuante de dilación indebida es que el transcurso del tiempo disminuye la culpabilidad por la aflicción asociada a la espera –lo que tampoco es claro–, es obvio que el argumento se diluye cuando se trata de personas jurídicas, incapaces de sentir aflicción. Segunda. En el caso de la atenuante analógica, puede que haya sido una decisión meditada del legislador. Así, «tras comprobar el imaginativo uso de esta atenuante por parte de la jurisprudencia en el caso de las personas físicas, ha querido poner coto a las aún mayores posibilidades que la aplicación «analógica» ofrecería en el ámbito de las personas jurídicas»⁵⁷.

⁵² MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal...», cit., p. 61.

⁵³ VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas (análisis de su jurisprudencia)*, Ed. Aranzadi, 2020, p. 126.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación...», cit., p. 182; MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, 2010, p. 59.

⁵⁶ CIGÜELA SOLA, J./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, p. 92.

⁵⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1539. La negrita ha sido modificada respecto del original.

De hecho, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sostiene que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable que no resulten de aplicación las ya citadas atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica. Por ese motivo, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una interpretación análoga *in bonam partem* de dichas atenuantes, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. No obstante, termina afirmando que, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde una reforma legal, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes previstas⁵⁸. Y como dice acertadamente Ortiz de Urbina Gimeno, «si la seguridad jurídica (y el principio democrático) imponen el respeto al texto de la disposición al Ministerio Fiscal, no se ve por qué ha de ser de manera distinta en el caso de otros operadores jurídicos, también sometidos a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. También estos, en tanto llegue o no la mencionada reforma, habrán de atenerse al listado de CP art. 31 quáter»⁵⁹.

Se aportan por la doctrina, en todo caso, razones para pensar que no hay motivos por los que la actual previsión legal —que, recordemos, restringe las atenuantes a la confesión ante las autoridades, la colaboración con la investigación de los hechos, la reparación o disminución del daño ocasionado y la creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control a fin de evitar futuras comisiones de delitos—, tenga que ser declarada inconstitucional. En primer lugar, por amplio margen que le concede el Tribunal Constitucional al legislador, citándose, entre otras, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo (ECLI: ES: TC:2008:59), y 60/2010, de 7 de octubre (ECLI: ES: TC:2010:60). En segundo lugar, porque las penas previstas para las personas jurídicas llevan años aplicándose como sanciones administrativas, y el Derecho Administrativo sancionador no prevé circunstancias atenuantes; de modo que, «si no previéndose circunstancia atenuante alguna, no se ha puesto en duda su constitucionalidad, menos aún puede ponerse en duda la constitucionalidad del sistema penal, que sí las prevé, aunque no todas las que querrían algunos intérpretes»⁶⁰.

Por último, las mismas razones que se emplean para rechazar la aplicación de la atenuante analógica deben emplearse, según Cortés

⁵⁸ Fiscalía General del Estado: *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010* [en línea: www.fiscal.es].

⁵⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1535.

⁶⁰ *Ibidem*, núm. 1533.

Bechiarelli, para rechazar la posibilidad de aplicar eximentes incompletas genéricas. «Piénsese, por ejemplo, en la eventual aplicación de un estado de necesidad incompleto, al probarse que la comisión de los hechos delictivos obedece a un ánimo de salvar los intereses económicos de una empresa»⁶¹.

Obviamente, todas consideraciones anteriores no impiden que el tribunal tome en consideración las dilaciones indebidas u otra circunstancia a la hora de graduar la pena. Es más, tal como apunta, con acierto el citado autor, es lo que procede como regla general en materia de interpretación de las normas jurídico-penales (*favoralia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*)⁶².

V. La circunstancia atenuante de reparación

1. Concepto y contenido

Existe unanimidad en que se trata de una traslación de la previsión contenida en el art. 21 CP para las personas físicas. Existe, eso sí, un matiz: en el art. 31 quáter no se hace referencia al daño causado a la víctima, sino del daño ocasionado por el delito⁶³. Coincidimos con Feijoo Sánchez en que la razón puede hallarse en que muchos de los delitos previstos que generan responsabilidad penal de la persona jurídica tutelan bienes jurídico-penales supraindividuales⁶⁴.

Reparación significa restablecer la situación alterada con el delito. Por su parte, la disminución comporta únicamente una reducción de los efectos del delito, que no tiene que ser completa, pero sí significativa y mostrar que el culpable ha realizado el mayor esfuerzo que le era posible⁶⁵.

En efecto. También hay consenso respecto del hecho de que, bajo determinadas circunstancias, modos y condiciones, cabe la reparación parcial. En alguna ocasión, no obstante, se ha admitido, incluso, una

⁶¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b y c)», en Juanes Peces, A. (dir.), *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, núm. 613.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Art. 21 CP: «Son circunstancias atenuantes: [...] 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 134.

⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 253.

reparación simbólica, como recuerda la STS 8/2005, de 17 de enero, FD 2.º, citando las SSTS 216/2001, de 19 febrero, y 794/2002, de 30 de abril, entre otras.

La reparación parcial hay que valorarla en relación al caso concreto, tomando en consideración las características del hecho delictivo, el daño ocasionado y las posibilidades de la persona moral.

En general ha sido aplicada con excesiva generosidad por la jurisprudencia, al punto de permitir reparaciones exiguas. Así, Velasco Núñez cita el caso de la SAP Zaragoza, Sección 6.ª, 337/2014, de 25 de noviembre, FD 4.º (ECLI: ES: APZ:2014:2444), que la apreció, incluso como muy cualificada, aunque resarcó una proporción inferior al uno por cierto del perjuicio⁶⁶.

Respecto a la reparación inmaterial o no pecuniaria, concreciones como el perdón, la participación activa en la recuperación, o la colaboración personal con la víctima o su familia, admitida mayoritariamente en el ámbito de las personas físicas, parece más difícil en el caso de los entes colectivos, si bien no cabe excluirla⁶⁷.

Ejemplo paradigmático de reparación por parte de una empresa es la satisfacción de su deuda tributaria en el marco de una sentencia condenatoria por defraudación fiscal.

En otro orden de cosas, teóricamente la reparación debe llevarse a efecto con cargo a los activos de la propia empresa. No obstante, en la resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza antecitada, no consta de qué caudal se tomó la cantidad destinada a reparar.

2. *Fundamento*

Ya antes apuntamos la opinión mayoritaria de la doctrina, vinculando el fundamento de las atenuantes a criterios de colaboración y estrategia procesal. En efecto, en tanto esta, como las otras, despliega su eficacia una vez consumado el delito, su razón de ser se haya ligada a cuestiones pragmáticas o político-criminales.

A lo dicho hay que añadir, en este caso en concreto, los siguientes matices. En primer lugar, como apunta Cortés Bechiarelli, el pragmatismo aludido se concreta en que pueden ser más razones económicas que

⁶⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años...*, cit., p. 124.

⁶⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1547.

pietistas las que muevan a la empresa a reparar: la propia supervivencia de la empresa⁶⁸.

Se añade otro motivo vinculado a los fines de los programas de cumplimiento normativo: reparando, si ello estaba previsto en los protocolos de prevención de delitos de la empresa, gana la empresa en términos reputacionales. Ello puede representar, además, un indicio de la voluntad social de apartarse de comportamientos criminales.

De resultas, otras razones político-criminales que, al menos teóricamente, están tras estas atenuantes *ex post factum* quedan un tanto desdibujadas, sin que ello obste a que se persiga, o se facilite, la protección de la víctima, que se puede encontrar aún más desvalida si tiene en frente a una gran corporación.

En segundo lugar, está siendo interpretada por la jurisprudencia en términos estrictamente objetivos; por lo tanto, dejando de lado los móviles que han conducido al ente a reparar o disminuir los efectos del delito, entre ellos, la propia espontaneidad que puede impulsar al autor a intentar reparar inmediatamente después de cometer el hecho delictivo (llamando a una ambulancia para que atienda a la persona herida a la que le acaba de disparar)⁶⁹.

3. Voluntariedad

El acto u actos reparadores tienen que estar presididos por la voluntariedad. Precisamente por ello, en alguna ocasión la jurisprudencia ha rechazado la apreciación de la atenuante cuando no ha quedado acreditado este extremo. Así, la SAP Pontevedra, Sección 5.ª, 207/2015, de 18 de junio, FD 8.º (ECLI: ES: APPO:2015:1356): no aprecia reparación a pesar de haber ofrecido una finca para resarcimiento de la posible responsabilidad civil derivada del delito, pretendiendo la defensa que se tuviese en cuenta al menos de forma parcial.

No obstante lo anterior, no se atiende a lo demandado, fundándose el tribunal de apelación en el siguiente razonamiento. Por un lado, «el ATS de 27 noviembre 2014 recuerda la doctrina del mismo Tribunal que sostiene que deben ser excluidos para la determinación de la atenuante: 1. Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. 2. Supuestos de constitución de fianza

⁶⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 641.

⁶⁹ En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1547.

exigidos por el juzgado. 3. Conductas impuestas por la Administración. 4. Simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente».

A partir de ahí, afirma que «si se atiende al indicado “ofrecimiento”, se aprecia que no es tal, pues la Abogacía del Estado había solicitado la adopción de medidas cautelares en orden a formar la correspondiente pieza de responsabilidad civil, solicitando la prestación de fianza y en su caso la práctica de embargo de una serie de fincas de la sociedad» y del que resultó condenado. Y sigue diciendo: «Estos, al evacuar el traslado otorgado para señalar bienes libres para garantizar responsabilidades pecuniarias, se opusieron a la adopción de tales medidas por estimar que no concurrían los requisitos necesarios para ello, si bien en el Otrosí del escrito presentado señalaron la finca “Baixa Redonda”, que se decía libre de cargas y gravámenes».

Concluye el tribunal de apelación afirmando «que no se trató de un acto libre y voluntario dirigido a resarcir tal posible responsabilidad, sino del simple cumplimiento de una resolución judicial, que a su vez había respondido a la previa petición de la Administración perjudicada, pero sin que se hubiera llegado ni siquiera a ofrecer la finca como pago de tal responsabilidad».

4. Sujeto reparador

El art. 31 quáter c) exige que la reparación por parte de la sociedad se lleve a cabo «a través de sus representantes legales», si bien ello no significa que tengan que ser ellos los que materialicen el acto de reparación o disminución del daño, que deban hacerlo personalmente⁷⁰.

Cuestión distinta es a quien le compete la decisión, para lo que habrá que estar a cada entidad en concreto⁷¹.

Consecuencia de lo anterior, se hace notar por la doctrina la imposibilidad de que sean los administradores, o los trabajadores, o incluso, un grupo de accionistas, quienes reparen, motivados, en última instancia, por ejemplo, por el interés en salvar la empresa⁷².

⁷⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad...», cit., núm. 288; tesis a la que se adhieren GÓMEZ MARTÍN, V./NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, p. 16.

⁷¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 641.

⁷² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad...», cit., núm. 286; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1529.

Ahondando en esta exigencia, advierten De la Mata Barranco y Hernández Díaz que ese cargo puede ostentarlo un simple gerente, aunque es él la única persona con capacidad de representación, el cual puede ser, incluso, quien haya cometido personalmente el delito. A partir de ahí afirman lo siguiente: «Parece absurdo pensar que el responsable del delito, aún no siendo representante legal de la empresa, esté en disposición, por sus actos, de provocar la responsabilidad penal de ésta, pero no de atenuar la misma, aunque sea quien confiese, colabore, repare o disminuya el daño».

Frente a ello, los citados autores formulan varios interrogantes: «trabajadores que quieran colaborar con el descubrimiento del hecho, cuentapartícipes que deseen minorar el daño causado o saldar la deuda generada, ¿no pueden contribuir a una minimización del perjuicio generado y evitar sanciones a la persona jurídica que indirectamente les pueden perjudicar a ellos?». Y siguen preguntándose, pero ahora en sentido opuesto: «estando de acuerdo con la actuación delictiva quienes por decirlo de alguna manera representan el alma de la persona jurídica (consejeros, directivos, accionistas) y sin ser los mismos partidarios de esas actuaciones reparadoras, el comportamiento de un representante legal, aún contra la voluntad de los anteriores, ¿atenuará la responsabilidad?»⁷³.

En definitiva, puede resultar lógica la crítica a esta restricción legal, por innecesaria y por incomprensible. Por ello, solo en parte no debe sorprender tanto que la ya mencionada SAP Zaragoza 337/2014 admitiese la reparación efectuada por el administrador, sin que se dejase constancia en sentencia de que la formalizaron los representantes legales. Y matizamos lo dicho porque también en España es cada vez más frecuente encontrarse con resoluciones judiciales que, en su interpretación de la norma, van más allá del límite, representado, como es por todos sabido, por el máximo del sentido literal posible.

5. Alcance subjetivo

La atenuación de la responsabilidad parece que debería alcanzar a la persona que la haya efectuado. Ya dijimos que, sea la persona física o la persona jurídica quien repara, debe provenir, razonablemente, de ella. De este modo, si se trata de una aportación económica, el origen

⁷³ DE LA MATA BARRANCO, N. J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Los problemas...», cit., pp. 238 y 239.

tendría que ser su propio patrimonio. Por lo tanto, debería resultar beneficiado quien realiza la aportación.

La jurisprudencia no lo viene entendiendo así. La SAP Lleida, Sección 1.^a, 82/2018, de 28 de febrero (ECLI: ES: APL:2018:315), frente a la satisfacción de la integridad de la cuota defraudada, así como de los intereses y de la multa por parte de la empresa, extiende la atenuación a la persona física.

En el mismo sentido se pronuncia el SAP Valencia, Sección 4.^a, 417/2017, de 15 de junio, (ECLI: ES: APV:2017:1978). Por su parte, la ya citada SAP Zaragoza 337/2014 omite toda referencia a quién efectuó la reparación, alcanzando a ambos, persona física y jurídica⁷⁴.

La respuesta podría variar, incluso, dependiendo del modelo teórico que se asuma. Responde a cierta lógica que los partidarios de la autorresponsabilidad, en tanto entienden que el ente colectivo realiza su propio injusto, el llamado «delito corporativo», exijan la individualización de la reparación y, por ende, de su alcance subjetivo. Por el contrario, los defensores del modelo de heterorresponsabilidad, en cuanto la responsabilidad criminal de la persona jurídica toma carta de naturaleza porque se la transfiere la persona física autora del delito, sea cual sea el hecho de conexión (un directivo o un empleado), tendrá menos inconvenientes en que los efectos atenuatorios de la reparación alcance tanto a la persona moral como a la persona física, con independencia de quien hay materializado la reparación o disminución de los efectos del delito.

6. Alcance temporal

El art. 31 quáter c) está redactado en términos amplios desde el punto de vista temporal, pues permite la actuación reparadora «en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral».

De acuerdo con esta redacción, caben dos interpretaciones, una poniendo el acento en lo formal, y otra en lo material. Desde una perspectiva formal, «con anterioridad al juicio oral» puede identificarse con el momento del dictado del auto de apertura del juicio oral, pues como apunta con acierto León Alapont, si bien refiriéndose a la atenuante cuarta –el *compliance post delicto*–, la cual puede entrar en juego hasta

⁷⁴ Resoluciones citadas por VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años...*, cit., pp. 123 y 124.

«antes del comienzo del juicio oral», «en puridad, desde una perspectiva estrictamente formal el juicio oral se inicia con dicha resolución»⁷⁵.

La perspectiva material, que permite introducir una interpretación más favorable al reo, logra prolongar el plazo límite para reparar hasta el mismo inicio de la primera sesión del juicio oral. También son razones de coherencia intrasistemática las que invitan a acomodarse a este entendimiento, en tanto la circunstancia genérica prevista en el número 5.º del art. 21 CP permite reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, «con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

La jurisprudencia, también en este punto, sostiene una interpretación amplia, permitiendo la reparación al momento de celebración de la vista oral, finalizada esta e, incluso, con posterioridad a la sentencia. En este sentido se citan las SSTS de 17 de enero y 2 de junio de 2005⁷⁶.

7. Penalidad

De conformidad con lo establecido en el art. 66 bis CP, que regula los criterios de determinación de la pena, cabe la apreciación de la atenuante como cualificada simple, lo que conlleva la imposición de la pena en su mitad inferior (regla 1.ª); o como muy cualificada, lo que permite la rebaja en uno o dos grados (regla 2.ª).

Cabe la posibilidad, pues, de que concurran varias, lo que permitirá una sustancial rebaja penológica, pues la pena de multa puede quedar reducida una cuarta parte.

⁷⁵ LEÓN ALAPONT, J., *Compliance penal...*, cit., p. 282.

⁷⁶ Resoluciones citadas por CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 642; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 253, respectivamente.

LA RESERVA DE LEY Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

ADÁN NIETO MARTÍN
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Castilla la Mancha

I. Luis Arroyo y la generación del 78

Quizás dentro de algunos años, cuando algún colega intente poner nombre a la generación de autores que empezaron a publicar entre mediados de los años setenta del pasado siglo y los primeros ochenta, encuentre oportuno designarla como la generación del Derecho penal constitucional o la «generación del 78» (o –si las cosas han ido mal– del «régimen del 78»). Las «Introducciones» al derecho penal de Mir Puig¹, Muñoz Conde² o Gonzalo Quintero³ tuvieron como logro principal asentar los principios de buena legislación procedentes de la Ilustración dentro del marco de la Constitución Española. Los que inmediatamente después nos incorporamos a la investigación y docencia del derecho penal llevábamos ya genéticamente incorporada una comprensión constitucional del *ius puniendi*, a la que era innata una amplia confianza en la Constitución y los jueces constitucionales para poner freno a cualquier atisbo de irracionalidad por parte del legislado penal.

Luis Arroyo se sumó con entusiasmo al signo del signo de los tiempos. Durante bastantes años lo hizo además sistemáticamente. Un vivo recuerdo de mis primeros años de doctorado es la imagen de Luis y Rosario de Vicente escogiendo los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional que se publicaban en Cuadernos de Política Criminal. Pocos años antes nuestro homenajeado había publicado su emblemático ejercicio de cátedra relativo al Programa penal de

¹ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.^a Ed, 1982.

² MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, 1975.

³ QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, Dyrosa, 1976.

la Constitución⁴. El trabajo inaugural de toda esta saga fue el «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal»⁵ donde se ocupó de establecer los fundamentos constitucionales de los diversos componentes del principio de legalidad y ofrecer una de las primeras interpretaciones doctrinales del art. 25.1 CE. Entre estos fundamentos, además del fundamento democrático representativo y el de motivación de las normas penales, destacaba el denominado fundamento político o protector del ciudadano de la reserva de ley, mediante el que se ponía de manifiesto que la ley era la fuente legislativa más idónea para asegurar el principio de intervención mínima: si la elección de qué conductas que deben ser castigadas se deja en las manos exclusivas de los ciudadanos a través de sus representantes era de suponer que se redujera al máximo la intervención penal. Aunque hoy en tiempos de populismo el argumento nos pueda resultar *naïv*, el fundamento político del principio de legalidad tenía ya un cierto aroma procedimental o habermasiano *avant la lettre*: la reserva de ley, y concretamente de ley orgánica, era la manera de asegurar la participación de las minorías en el procedimiento legislativo.

Esta visión del principio de legalidad y la reserva de ley resulta moderna y sugerente. Moderna porque va más allá de la democracia representativa, para la cual la reserva de ley tiene como único cometido asegurar el monopolio legislativo de las cortes generales, y preservar su libertad de configuración. Y, sugerente, porque rescataba implícitamente un contenido del concepto de ley procedente de la Ilustración que el positivismo jurídico había borrado: el que la ley, para merecer tal nombre, ha de ser también racional.

En el trabajo de Arroyo está ya larvada la posibilidad de conectar la reserva de ley y, por tanto, el control constitucional de las normas penales, con la Ciencia de la legislación, movimiento que ha surgido con fuerza en los últimos años, cuya finalidad última es precisamente el incremento de la racionalidad y legitimidad de la ley penal⁶. En lo que sigue me adentraré por el camino abierto por nuestro homenajeado. Para ello en primer lugar expondré el contexto en el que ha rena-

⁴ ARROYO ZAPATERO, L., *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, Revista Jurídica de Castilla la Mancha, núm. 1, 1987, pp. 97 ss.

⁵ ARROYO ZAPATERO, L., *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, REDC, núm. 8, 1983, pp. 9 ss.

⁶ Este trabajo desarrolla alguna de las ideas ya expuestas en NIETO MARTÍN, A., «Un triángulo necesario: Ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES, M./BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, pp. 407 ss.

cido la Ciencia de la legislación y sus contenidos básicos (II). Seguidamente examinaré sí y en qué medida la Ciencia de la Legislación ha influido hasta ahora en el control de constitucionalidad leyes penales (III). Finalmente analizaré las posibilidades que un concepto de reserva de ley penal enriquecido puede brindar para incrementar el control de constitucionalidad, contribuyendo de este modo a un legislación penal más legítima y racional (IV), pero también (V) en qué medida el principio de reserva de ley puede tener alguna proyección en el espacio posnacional o post *westafaliano*, en el que los Estados han perdido parte de su soberanía en materia penal, y comparten el *ius puniendi* con actores no estatales.

II. La crisis del Derecho penal constitucional y el nacimiento de la Ciencia de la legislación

La «generación de la Constitución» consideró que el gran problema de la racionalidad y legitimidad del Derecho penal estaba asegurado por la existencia de una Constitución y sus jueces. Durante los últimos setenta y la década de los ochenta del pasado siglo, el legislador penal y los jueces constitucionales asumieron, al menos en gran medida, sus propuestas que culminaron con la aprobación del CP de 1995, cuya Exposición de Motivos acuña la expresión de «Constitución en negativo». A través de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, los principios liberales el Derecho penal se habían positivado al más alto nivel. La efectiva protección de bienes jurídicos, al igual que el principio de lesividad, fragmentariedad o *ultima ratio*, pasaron a formar parte del principio de culpabilidad. El principio de culpabilidad, al que el TC pronto le dio rango constitucional, erradicaba también del ordenamiento penal cualquier atisbo de responsabilidad objetiva e incluso de derecho penal de autor⁷.

Con el cambio de siglo la armonía termina. La legislación penal empieza a andar por dos caminos tortuosos: el populismo punitivo y la internacionalización del derecho penal. La expresión crisis de la ley comienza a utilizarse con el fin de aglutinar las diversas manifestaciones de pérdida de legitimidad y racionalidad. Aunque la exacerbación punitiva podía ya estar ya larvada en el CP de 1995, el populismo es un

⁷ Vid. solo Arroyo Zapatero L., Lecciones 6 y 7, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Experiencia, 3.ª Ed., 2016.

fenómeno más complejo que el punitivismo o las políticas de *law and order*. Se trata en realidad de una malformación que afecta a la calidad democrática de las normas. Los legisladores populistas no solo se atribuyen la capacidad de representar a los ciudadanos en las asambleas legislativas, sino que se arrogan la capacidad de entender y conectar con el pueblo sin ningún tipo de intermediario⁸. Dado su gran olfato para detectar cuales son las aspiraciones populares, para entender el «sano sentimiento del pueblo acerca de lo justo y lo injusto», desprecian el conocimiento de los expertos y por supuesto la idea de que la política criminal constituye una política pública, que debe ser evaluada y apoyarse en datos empíricos. Por esta razón el populismo rehúye todo tipo de procedimientos y gusta de la inmediatez y la celeridad. El Decreto ley sería la herramienta legislativa preferida de los gobiernos populistas.

El segundo fenómeno que irrumpe con fuerza en el cambio de siglo es la internacionalización del Derecho penal. En sí no es un fenómeno negativo, antes al contrario, es un camino necesario: buena parte de la criminalidad contemporánea tienen una dimensión claramente transnacional debido al auge de la criminalidad transfronteriza y existe la conciencia de que la protección de determinados intereses debe hacerse a partir de presupuestos comunes. No obstante, la aparición de una política criminal internacional, con una agenda legislativa propia, ha traído consigo un proceso de armonización del derecho penal que recorta notablemente el margen de maniobra de los legisladores nacionales a la hora de conformar no ya solo sus opciones de política criminal, sino incluso los concretos tipos penales en los que ésta se acuña. Por ello mientras que el populismo carcome la racionalidad de la ley penal, el proceso de internacionalización menoscaba su legitimidad, si la entendemos como el ejercicio del monopolio del *ius puniendi* por parte de las asambleas legislativas.

En el proceso de internacionalización del derecho penal y, más en general, en la globalización jurídica, es posible sin embargo encontrar soluciones que buscan paliar el problema de la legitimidad. Así, por ejemplo, en la UE el déficit democrático no solo condujo a una profunda modificación de los procedimientos legislativos en el Tratado de Lisboa, sino que provocó una reflexión intensa acerca del significado de la reserva de ley y la posibilidad de encontrar medios adicionales de legitimación a los proporcionados por el parlamentarismo y la democracia

⁸ Sobre el populismo penal *vid.* por todos DONNINI M., *Populismo e ragione pubblica il postilluminismo penale tra lex e ius*, Mucchi Editore, 2019.

representativa. La UE ha reforzado y perfeccionado sus procedimientos legislativos a través de medidas como las evaluaciones de impacto o las consultas con los afectados, con el fin de aumentar la calidad y la legitimidad de sus propuestas⁹. E igual ha ocurrido, aunque en menor medida, con el resto de actores que determinan la política criminal internacional. Especialmente, los procesos normativos de las organizaciones internacionales se han perfeccionado, incrementando la transparencia, la participación de diversos portadores de interés o la legitimidad técnica a través de la participación de expertos, como ocurre en las denominadas redes intergubernamentales¹⁰.

En este contexto, que sumariamente acabo de describir reaparece tras casi dos siglos de olvido la Ciencia de la Legislación¹¹. Los dos factores que acabo de describir a la par que influyen en la crisis de la ley, explican su renacimiento. La Ciencia de la Legislación se alza, de un lado, como antídoto contra el populismo legislativo, pero de otro, es fruto del impulso que por parte de las organizaciones internacionales se ha dado a la denominada *better regulation* y a la búsqueda de vías alternativas o complementarias de legitimidad a las que ofrece la democracia representativa.

Existen cuatro aproximaciones diversas a la Ciencia de la legislación. La primera de ellas que podría denominarse mínima se centra en aspectos de técnica legislativa, con el fin de incrementar la calidad de la redacción de las normas, lo que incide en aspectos como el lenguaje de las leyes, su entrada en vigor, remisiones, publicación etc. La segunda orientación es de máximos o axiológica. No se trata tanto de preocuparse por la forma como por su contenido. En nuestro país, y en lo que concierne al derecho penal, la propuesta más elaborada dentro de esta corriente es la de Paredes Castañón¹². Asumir esta tesis supone rechazar tanto el positivismo ideológico, que no considera necesaria otra justificación que la aprobación de la mayoría, como el relativismo moral, según el cual sería costoso y prácticamente imposible llegar a consensos compartidos para justificar las normas penales. Una tercera forma de justificar las leyes es la puramente procedimental. Se trataría

⁹ Al respecto MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, 2011, y CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la UE*, Tirant lo Blanch, 2020.

¹⁰ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», en NIETO MARTÍN, A./GÓMEZ MORENO, B., *Ius puniendi y global law*, Tirant lo Blanch, pp. 49 ss.

¹¹ Para una descripción del estado de la cuestión, *vid.* CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa*, *op. cit.* p. 302.

¹² *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013.

de buscar los procedimientos de aprobación de las leyes que permitieran la participación en condiciones de igualdad de todos los afectados. Esta posición, vinculada a las tesis de Habermas y a la democracia deliberativa, no debe identificarse en modo alguno con un positivismo ideológico, pues considera que la discusión colectiva en determinadas condiciones es la que conduce a las condiciones morales o axiológicas más correctas¹³.

Coincido con quienes consideran que la Ciencia de la Legislación está conformada por una sucesión de capas o niveles superpuestos, que requieren agrupar todas las versiones anteriores¹⁴. Al menos en el marco del derecho penal, donde desde la Ilustración llevamos construyendo unos principios de política criminal ampliamente compartidos, no se entendería en modo alguno renunciar al nivel axiológico de justificación. Igualmente, la calidad técnica de las normas es imprescindible para asegurar la seguridad jurídica y el principio de determinación. Es más, a las tres capas anteriores habría que añadirle un nuevo nivel tendente a comprobar la eficacia y utilidad de la ley. La evaluación legislativa es la herramienta del denominado nivel pragmático de la Ciencia de la Legislación¹⁵.

Llegados a este punto, me parece que el debate central es el relativo a determinar si la Ciencia de la Legislación se queda en un conjunto de buenas prácticas o por el contrario debe alcanzar efectos positivos, pasando a ser también un criterio válido para el control constitucional. A mi juicio, la Ciencia de la Legislación debe integrarse y aunar fuerzas con el Derecho penal constitucional o el control constitucional de las leyes penales. Ambos modelos de racionalidad, el propuesto por la «generación del 78» y el de la Ciencia de la Legislación no son en absoluto opuestos. Lo que ocurre es que, como intentaré demostrar a continuación, es preciso un cambio de estrategia. El control constitucional de las leyes penales se ha confiado hasta ahora en principios materiales como especialmente el de proporcionalidad, mientras que, a partir de las aportaciones realizadas por la Ciencia de la Legislación, puede y debe articularse a través de los principios más formales o procedimen-

¹³ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, pp. 166 ss.

¹⁴ En el marco de la teoría de la legislación penal, a partir de los trabajos de Diez Ripollés y su escuela, este modelo puede considerarse dominante, *vid.* DIEZ RIPOLLES, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2003.

¹⁵ NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES, M./BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016.

tales como la reserva de ley o el principio de determinación, que hasta el momento han jugado un papel más secundario e incluso marginal.

III. El control constitucional de la calidad y racionalidad de las leyes penales

Antes de proponer un camino para operar este cambio de rumbo en el control constitucional de las leyes penales, conviene obtener una fotografía que refleje el estado de la cuestión. Para ello a continuación va a examinaré de modo casi telegráfico la jurisprudencia constitucional relativa a cada una de las capas en que hemos dividido la Ciencia de la Legislación.

El segundo nivel o axiológico constituye, sin duda, el nivel más antiguo y tradicionalmente importante de la Ciencia de la legislación. Tras la irrupción del derecho penal constitucional en los años setenta como ante se indicó se sobreentendió que los principios de *ultima ratio*, efectiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, culpabilidad quedaban ampliamente integrados en el Programa penal de la Constitución. Se consideró que los principios de buena legislación ilustrados se habían positivizado en los principios constitucionales del derecho penal, especialmente a través del principio constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad. Tras varias décadas de jurisprudencia constitucional en los diversos países de la UE creo que resulta claro que está los principios axiológicos de «buena legislación» han tenido una influencia desigual en la conformación de los principios constitucionales¹⁶. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha positivizado principios como el de responsabilidad por el hecho o el de culpabilidad y lo ha hecho pese a que no aparecían en los textos constitucionales. No ha ocurrido lo mismo con el principio de proporcionalidad. El control de constitucional se realiza a partir de un marcado *self restraint*, donde prima la idea de deferencia hacia el legislador democrático. No cabe esperar además que en el futuro próximo los jueces constitucionales, cambien de rumbo y operaren un control más estricto.

De aquí deberíamos extraer una importante consecuencia. Aunque la Ciencia de la Legislación penal se ha centrado en el nivel axiológico o de los principios materiales, este nivel posteriormente tiene una efi-

¹⁶ El mejor estudio comparado en esta materia es Sicurrela, R./Mitsilegas, V./Parizot, R./Lucifora, A. L. (eds.), *Los principios generales del Derecho penal en la Unión Europea*, BOE, 2020.

racia necesariamente limitada como herramienta de control constitucional. Positivizar los grandes principios axiológicos es fácil, como ha ocurrido por ejemplo recientemente con el principio de proporcionalidad de las penas que se ha recogido en la Carta Europea de Derechos fundamentales, lo que no es nada fácil después es proceder a su control constitucional.

El primer nivel el técnico o formal de la Ciencia de la legislación ha encontrado un grado de positivización bajo, que contrasta con la, al menos, dignidad constitucional de los principios axiológicos. Al menos en nuestro país las directrices de técnica legislativa contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión de 22 de julio de 2005 y publicadas por Resolución de 27 de julio de 2005, no pasan de ser un instrumento de *soft law* con escasa fuerza vinculante. Aunque a priori, estas indicaciones podrían haber sido útiles para reforzar y perfeccionar el control constitucional sobre la calidad de las leyes, lo que es enteramente congruente con el principio de seguridad jurídica y especialmente necesario en atención al principio de determinación penal, los jueces constitucionales apenas le han dado relevancia. Tan solo una vez el TC ha declarado inconstitucional un precepto por considerar que su redacción era tan pésima que afectaba a la calidad jurídica (STC 46/1990). Su doctrina la expresa, entre otras muchas, en la STC 176/2011 donde afirmó con rotundidad que «el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa», razón por la cual, no «corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes...». Cuando ha intentado concretar en qué medida la falta de calidad afectaría a la seguridad jurídica, el nivel ha sido extraordinariamente alto: solo cuando «el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios *una incertidumbre razonablemente insuperable* (¡!) acerca de la conducta exigible para su cumplimiento... podría concluirse que se infringe el principio de seguridad jurídica».

El nivel procedimental merece una consideración más detenida. Con independencia de lo que después se dirá, los objetivos de este nivel son permitir que los afectados por la norma participen directamente en la deliberación y que además lo hagan con suficiente información y en igualdad de condiciones. También dentro de este nivel debe incluirse la participación de expertos¹⁷. Este último ha sido un aspecto cuidado a la

¹⁷ Vid. también sobre las bases de la democracia deliberativa VOGEL, J., «Legislación penal y Ciencia del derecho penal. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003.

hora de regular los procedimientos legislativos, estableciendo la intervención de órganos consultivos o con un perfil técnico como el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal o la Comisión General de Codificación¹⁸.

Mas allá de este punto, conviene recordar que la forma en que se hacen las leyes se regula en nuestro país en dos cuerpos normativos diferentes. Tradicionalmente los reglamentos del Congreso y el Senado no solo fueron las normas más importantes, sino las únicas que en este aspecto tenían un significado práctico relevante. Mucho menor era la regulación de la denominada fase prelegislativa o gubernamental, que establecía el procedimiento de elaboración de anteproyectos y proyectos de Ley. Hasta la reforma en 2015 de la Ley del Gobierno, la normativa existente tenía una calidad ínfima y en realidad los distintos informes o trámites que se exigían no pasaban de ser un puro formalismo. Esta situación contradecía notablemente la importancia que la Constitución otorga a esta fase mediante el art. 88 de la CE. Un precepto bastante insólito y original en el derecho comparado que constitucionaliza una serie de documentos prelegislativos¹⁹. Por esta razón resulta de gran interés el contenido del art. 26 de la Ley del Gobierno tras la reforma del 2015, donde se exige además de un Plan Anual de Normativo, la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de cualquier proyecto de ley, un análisis de impacto cuyos contenidos se detallan en el art. 29 y una evaluación *ex post* de las normas aprobadas. La responsabilidad de la fase prelegislativa se sitúa en el Ministerio de la Presidencia, que debe asegurar que el anteproyecto de ley llegue al Gobierno con toda la información necesaria, para una vez aprobado poder remitirlo al Congreso de los Diputados o al Senado como proyecto de ley.

Como puede verse a diferencia de lo que ocurre con el nivel técnico, el nivel procedimental forma parte del derecho positivo. Ello sin duda debe considerarse es una conquista importante de la Ciencia de la Legislación, que ha empujado en este sentido y no solo nacionalmente, sino internacionalmente también. En la reforma del 2015 de la Ley del

¹⁸ MENÉNDEZ REXACH, A., *La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes*, en *Seguridad Jurídica y Codificación*, Centro de Estudios Registrales, 1999.

¹⁹ Por todos BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, 2013, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., «Evaluación legislativa en España: su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales», en NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES, M./BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, pp. 109 ss.

Gobierno tuvieron un peso determinante las indicaciones de *better regulation* que en este punto se hacían desde la OCDE y la UE.

Pese a este alto nivel de positivización, la relevancia del nivel procedimental como herramienta de control constitucional es también muy escasa. La jurisprudencia constitucional, por lo pronto, parte en esta materia de que mientras los reglamentos del Congreso y el Senado sí forman parte del «bloque de constitucionalidad», no ocurre lo mismo con las disposiciones de la Ley del Gobierno que desarrollan la fase prelegislativa. Pese a que el TC podría haber entendido que estas disposiciones suponen un desarrollo constitucional del art. 88 de la CE, expresamente en la STC 198/1986 ha señalado que la Ley del Gobierno en modo alguno debe considerarse como un «parámetro directo de constitucionalidad».

La jurisprudencia del TC ha sido indulgente a la hora de apreciar cuando un defecto de procedimiento podía afectar a la legitimidad constitucional de una ley. El listón se puso muy alto en relación a informes técnicos: solo son relevantes aquellos defectos de procedimiento que alteren la formación de la voluntad dentro de las cámaras, es decir, aquellos que puedan afectar al sentido del voto de los parlamentarios, por considerarse elementos imprescindibles en su toma de decisión. Además, el TC presume que en cuanto los parlamentarios afectados tienen la posibilidad de denunciar este defecto y no lo hacen, en realidad consideran que el documento, informe o trámite no tiene este carácter esencial. Esta misma doctrina se ha aplicado después a otros defectos procedimentales como la inexistencia de exposición de motivos o de memorias explicativas. Todo ello supone que, en definitiva, la relevancia constitucional del nivel procedimental propuesto por la Ciencia de la Legislación queda en manos de los parlamentarios, aunque afecte a su fase prelegislativa²⁰.

El que la calidad de las leyes y los procedimientos legislativos solo tengan como norte la actividad parlamentaria a la hora de emitir el voto se confirma por la jurisprudencia constitucional en relación a las denominadas «enmiendas heterogéneas». El *leader case* procede de la introducción en el Senado de una enmienda, por parte del Partido del Gobierno, en la Ley de Arbitraje, mediante la que se tipificaba el delito de convocatoria ilegal de un referéndum. El TC fundamenta la inconstitucionalidad de este tipo de enmiendas en exclusiva por el modo que afectan a la actividad parlamentaria,

²⁰ Cfr. Díez RIPOLLES, J. L., «El control constitucional de las leyes penales», en el mismo, «Política Criminal y Derecho Penal», Tirant lo Blanch, 2013, pp. 232 ss.

por la imposibilidad que implican de que otros parlamentarios introduzcan nuevas enmiendas. Sin embargo, no resultan relevantes constitucionalmente el hecho de que este tipo de prácticas parlamentarias puedan afectar al procedimiento deliberativo de la ley o a la seguridad jurídica²¹.

El que el control constitucional tenga como objetivo la protección de la actividad de los parlamentarios, pero no en modo alguno las obligaciones que sobre ellos pueden recaer para cumplir correctamente su función lo muestra igualmente la nula transcendencia que en la jurisprudencia constitucional tienen la calidad de los debates parlamentarios como elemento a tener presente a la hora de apreciar la constitucionalidad de una ley²². Esta ausencia contrasta con la mayor sensibilidad del TEDH. En el caso *Hirst*²³, en el que el Tribunal analizaba la compatibilidad con el Convenio de la prohibición del derecho de voto de los presos, tuvo un peso considerable el hecho de que el legislador británico «no hubiera ponderado los intereses en conflicto», ni realizado ningún «debate substancial» sobre el particular. Desde esta pionera decisión son muy numerosas las sentencias del TEDH que tienen en cuenta la calidad de los debates parlamentarios a la hora de justificar medidas restrictivas de derechos. La irrelevancia que la calidad de la argumentación parlamentaria desempeña alinea la opinión del TC con la del juez Scalia del TS norteamericano, quien en alguna de sus opiniones ha identificado con rotundidad la validez de la ley con el voto de la mayoría: «nadie exige que las leyes sean deliberadas y discutidas, lo único exigido es que se vote a su favor. No importa que estuvieran borrachos como cubas cuando votaron el texto, mientras votasen por él, el texto es ley».

En suma, como se desprende de este breve resumen, ni los niveles axiológicos de la Ciencia de la Legislación, ni los formales, ni los procedimentales han tenido importancia alguna en el control de constitucionalidad de las leyes. Curiosamente en ello no influye el grado de positivización. Los principios axiológicos son en gran medida principios constitucionales, pero ello no les ha servido para tener un mayor peso en el control constitucional,

²¹ Cfr. ESCUÍN PALOP, C., El juego entre la mayoría y las minorías parlamentarias en la elaboración de las leyes, *Anuario de Derecho Parlamentario*, Número extra 31, 2018, pp. 197 ss.

²² Cfr. MARCILLA CÓRDOBA, G., «Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal», en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./HORTAL IBARRA, J. C., *Constitución y sistema penal*, 2012, pp. 67 ss.

²³ STEDH, *Hirst* c. Reino Unido, 6 de octubre de 2005, en relación al derecho al voto de los reclusos. Al respecto de todo lo anterior y en lo que sigue resultan esenciales las aportaciones de OLIVER LALANA, *vid.* Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes, en CARDINAUS N./CLERICÓ L./D'AURIA A., *Las razones en la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria, argumentación judicial*, 2006; *ibidem*, ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen?, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 17, n.º 2, 2016;

tampoco las diferencias son excesivas entre los técnicos y los procedimentales, pese a que estos últimos tienen rango de *hard law* y relevancia constitucional conforme al art 88 CE y los primeros son meramente *soft law*.

De la jurisprudencia constitucional recaída hasta la fecha merece igualmente la pena subrayar la visión instrumental y accesorio del procedimiento legislativo, que se concibe como una herramienta puesta al servicio del parlamentario para ejercer correctamente, de manera informada, su derecho de voto. En ningún momento ha entrado en juego la importancia de la racionalidad de las leyes o los otros intereses que también resultan decisivos, como la transparencia, la necesidad de argumentar como paso previo a la restricción de derechos, la *accountability* de los representantes de los ciudadanos etc.

IV. La reserva de ley penal: una reinterpretación

Como a continuación va a demostrarse este estado de cosas puede superarse a partir de un concepto de ley y, por tanto, de reserva ley nutrido y enriquecido con las aportaciones procedentes de la Ciencia de la Legislación. Hasta ahora el papel desempeñado por la reserva de ley en el control de constitucionalidad ha sido bastante modesto. Su logro principal ha consistido en la expulsión del decreto ley del sistema de fuentes del derecho penal. No es un éxito menor. Pues no se desprendía de un modo absolutamente evidente de la Constitución y además tiene un importante significado para la racionalidad de las leyes, y no solo su legitimidad. Como antes señale, en tiempos de populismo legislativo el decreto ley se hubiera convertido con bastante probabilidad en la herramienta preferida del legislador, lo que hubiera multiplicado las reformas penales. El que el derecho penal sea prácticamente en su totalidad materia de ley orgánica, con la exigencia de una mayoría cualificada nos ha resguardado de escenarios aún peores. La otra victoria, ésta más limitada, e inconclusa, del principio de reserva de ley es la relativa a las normas penales en blanco. La jurisprudencia constitucional no ha evitado que el ordenamiento penal español prolifere una especie de normas penales en blanco inaudita en otros ordenamientos²⁴.

²⁴ Más allá de si los tipos penales en blanco remiten a leyes o reglamentos, el problema está en que el legislador pierde todo el control sobre la tipificación de conductas y con ello sobre la proporcionalidad de la pena, en cuanto que una norma penal en blanco permite construir el injusto a través de la infracción de normas de conductas de muy diversa importancia. Pero no es este el problema que ahora quiero abordar.

Los limitados contenidos que tiene el principio de reserva de ley penal se deben a que se ha hecho una lectura formal de este principio vinculada al sistema de fuentes, pero que no ha querido profundizar en los objetivos que se persiguen a través de la ley, como fuente del derecho y cómo procedimiento legislativo. El enriquecimiento de los contenidos de la reserva de ley que aquí se propone se basa en los siguientes presupuestos.

En primer lugar, la ley no es producto exclusivo del procedimiento legislativo que se sigue ante las Cortes Generales²⁵. Nuestro sistema constitucional acoge el denominado «parlamentarismo cooperativo», en el que la fase prelegislativa o gubernamental en la confección de la ley tiene una especial importancia. La Constitución parte de la primacía de la iniciativa del Gobierno en la actividad legislativa, lo que se enmarca dentro de un sistema parlamentario racionalizado que deja de lado una rígida separación de poderes entre gobierno y parlamento, para apostar por una relación de colaboración entre ambos. Sin esta primacía y la posterior cooperación parlamentaria, la función –y el deber– del gobierno de ejercer la dirección política, también en lo que atañe a la política criminal, resultaría imposible. Por esta razón, no es sin más una anomalía democrática que las burocracias gubernamentales dominen los procedimientos legislativos o que el número de proyectos de ley supere con creces al de las proposiciones²⁶. En realidad, este hecho responde al programa de la Constitución. La exigencia de ley orgánica en materia penal, dentro de este modelo de parlamentarismo, lo que viene es a subrayar la necesidad que tiene el Gobierno de buscar el grado máximo cooperación dentro del Congreso, pero no desplaza la importancia que tiene la iniciativa gubernamental a la hora de dirigir y ser el auténtico motor de la política criminal.

Concebir la actividad legislativa como un trabajo en común implica que resulta artificial una división rígida, en dos mitades, entre el procedimiento que tiene lugar en las Cortes generales y el que tiene lugar en el gobierno. La fase legislativa y prelegislativa representan una unidad, por lo que el respeto a las disposiciones procedimentales referidas a ambas fases debe tener importancia similar. Por este motivo, si los Reglamentos de las cámaras forman parte del bloque de constitucionalidad, también lo han de ser las disposiciones de la Ley del Gobierno

²⁵ Cfr. GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, la misma, art. 87, en Cazorla Prieto J. L. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Aranzadi, 2018, pp. 2281 ss.

²⁶ Vid. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pp. 50 ss.

relativas a la elaboración de los proyectos de ley. Esta regulación forma parte del contenido del artículo 88 de la Constitución²⁷.

Dado que la reserva de ley implica necesariamente la necesidad de utilizar un determinado procedimiento legislativo, la violación de las normas de procedimiento legislativo supone a la vez una violación de la reserva de ley. De este modo, por ejemplo, cuando una norma penal, que por contener una pena privativa de libertad afecta a la libertad (art. 17 CE), se ha aprobado mediante una ley orgánica en cuya tramitación se han incurrido en graves defectos procedimentales, la ley sería inconstitucional por infringir la reserva de ley en relación al art. 17 de la CE. Lógicamente carecería de sentido mantener que cualquier violación de procedimiento implica una violación de la reserva de ley. Solo una violación substancial del procedimiento debiera tener este efecto. Qué es y no es substancial debe estudiarse por separado en las dos fases, gubernamental y parlamentaria, del procedimiento legislativo. Comenzaré por esta última.

En el Estado constitucional la ley es la forma más importante de dotar de legitimidad a las decisiones públicas, en cuanto que es expresión del principio democrático, que permite la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. Con independencia de lo que después se dirá en relación a la fase prelegislativa, en nuestro modelo constitucional la democracia representativa, a través del sistema de partidos, es la base sobre la que se articula esta participación. La democracia representativa se traduce en una relación muy determinada entre parlamentarios y ciudadanos. Los parlamentarios persiguen el interés general, por lo que en ningún caso existe una relación de mandato²⁸. Ahora bien, deducir de ahí que la ley y por ende el procedimiento legislativo solo tiene como objetivo preservar la actividad parlamentaria y su ejercicio del derecho al voto, olvidando los derechos de los electores –que se confiarían exclusivamente al derecho electoral– resulta una equivocación. Pese a que no exista un mandato directo, los ciudadanos tienen una serie de «derechos de control» que también son protegidos, son substanciales, en la conformación de los procedimientos legislati-

²⁷ Así por ejemplo Díez RIPOLLES, J. L., en BECERRA MUÑOZ, J./RODRIGUEZ FERNÁNDEZ S., *La elaboración de las leyes penales en España*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 24, critica que la Ley del gobierno no forme parte del bloque de constitucionalidad a diferencia de los que ocurre con los reglamentos de las cortes.

²⁸ Por todos sobre la democracia representativa PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2014, pp. 499 ss

vos. Estos derechos de control tienen como función exigir una rendición de cuentas política (*accountability*)²⁹.

La reserva de ley en fase parlamentaria debe preservar la rendición de cuentas de los ciudadanos y para ello se requiere³⁰: (a) *Transparencia legislativa*, de acuerdo con la cual los debates esenciales deben ser públicos, pues solo de este modo puede ejercitarse un control político de los representantes. (b) *Autenticidad legislativa*, la captura del legislador a través del *lobby* ilícito o la corrupción, resulta contrario a la reserva de ley, como también lo es su actuación en una situación de conflictos de intereses. Aunque los representantes no son mandatarios de los ciudadanos, la representación política exige imparcialidad y ausencia de conflicto de intereses. Lógicamente el *lobby* ilícito, el soborno o el conflicto de intereses de un concreto parlamentario no afecta a la autenticidad legislativa, pero sí, por ejemplo, el hecho demostrado de que mediante la financiación ilegal del grupo parlamentario dominante se haya afectado al contenido de una ley. (c) La reserva de ley tiene también un *componente protector del ciudadano*, como recordaba nuestro homenajeado hace cuatro décadas. La reserva de ley parte del presupuesto de que cuando son los propios interesados a través de sus representantes quienes deciden, han de ser especialmente cuidadosos en la restricción de libertades.

Este componente protector tiene a su vez dos componentes. El primero de ellos es la necesidad de no marginación de ninguna minoría *-inclusividad legislativa-*, proteger la pluralidad es especialmente importante cuando se trata de restringir derechos. El segundo es la *necesidad de deliberación*. La instauración de una cultura de la justificación es un componente imprescindible dentro de un principio, como es el de reserva de ley, cuya función es establecer un procedimiento que favorezca la menor restricción posible de los derechos de los ciudadanos. Se trata de un requisito necesario para que además el principio de proporcionalidad sea efectivo.

En realidad la *necesidad de deliberación* debe entenderse mejor como un componente substancial y autónomo de la reserva de ley. Pues no solo es necesaria para activar su componente protector. Una deliberación de calidad y publica forma parte también de los deberes de transparencia

²⁹ Subrayando este hecho, en uno de los trabajos mejores que se han escrito sobre la reserva de ley penal GRANDI, C., «Nullum crimen sino lege» parlamentaria y derecho penal europeo, en Díez PICAZO, L./NIETO MARTÍN, A., Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, Civitas, 2010.

³⁰ Cfr. OLIVER LALANA D., en Oliver Lalana D. (coord), La legislación en serio, Tirant lo Blanch, 2019.

necesarios para que exista una verdadera *accountability* de los representantes políticos. Pero también preserva la autenticidad. La necesidad de una argumentación detenida hace más complejo el ejercicio del *lobby*³¹. La ausencia de un debate de calidad debiera contemplarse por tanto, en los casos más extremos, como una violación de la reserva de ley, pero también puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de poner en marcha otro tipo de controles. Especialmente, en el control realizado a partir del principio de proporcionalidad se debe ser deferente con el legislador que ha deliberado, pero no con aquel que ha restringido derechos sin realizar públicamente una deliberación, justificando su decisión³².

Si la democracia representativa es el criterio que debe informar acerca de los defectos del procedimiento legislativo parlamentario de la ley, la democracia deliberativa debe servirnos para establecer los defectos de procedimiento substanciales en la fase prelegislativa o gubernamental de la ley. Desde luego, puede sorprender que la democracia deliberativa, un concepto ajeno a nuestra Constitución, tenga un papel relevante en las decisiones acerca de la constitucionalidad de las leyes. No obstante, la interpretación de la Constitución siempre ha sido permeable a la admisión de valores procedentes de la filosofía política, sobre todo cuando estos valores se van reflejando en disposiciones de derecho ordinario³³. La democracia deliberativa es un valor al alza en el ordenamiento de la UE, donde el art. 11 del Tratado de la UE se inspira claramente en ella. Igualmente está a la base de los documentos de *better law* de las organizaciones internacionales³⁴. Este «signo de los tiempos» es el que se ha plasmado en el art. 26 de la Ley del Gobierno. Mas para ver en qué medida este precepto permite una lectura deliberativa, conviene antes adentrarse algo más entre las relaciones entre democracia deliberativa y Ciencia de la legislación.

La democracia deliberativa es una forma de profundizar en la democracia a través de mayor toma de participación a los ciudadanos en las decisiones que les afectan, que debe además producirse en el seno de un debate donde ninguna de las partes que interviene prevalezca sobre otras

³¹ Así expresamente el TC alemán, BVerfG 39 (210), 227-228, Mühlenstrukturgesetz, la cita puede verse en OLIVER LALANA, D., en el mismo, *La legislación en serio*, op. cit., p. 417 ss.

³² OLIVER LALANA D., en *La legislación en serio*, op. cit., p. 248. Sobre las relaciones entre la argumentación en todas las fases de la ley, plasmada en la necesidad de evaluación legislativa y el principio de proporcionalidad *vid.* ya NIETO MARTÍN, A., *Un triángulo necesario*, op. cit., pp. 434 ss.

³³ Así ya ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 308 ss y 514.

³⁴ Cfr. MUÑOZ DE MORALES, M., *El legislador penal europeo*, op. cit., pp. 564 y ss y 631 ss.

(«situación ideal de dialogo»)³⁵. Esencia de la democracia deliberativa es que la «razón» –en este caso la racionalidad de la ley– no es tanto una categoría apriorística, sino que es una racionalidad «comunicativa», que se alcanza a través de un procedimiento que permite alcanzar decisiones racionales. El proponente de la norma y los afectados participan en él con la intención de llegar a consensos y acuerdos potenciales, y para ello es esencial la aportación de argumentos. Como todo ideal, la democracia deliberativa se adapta en mayor medida a los distintos ámbitos en donde opera. Dentro de los procedimientos legislativos, sus postulados se han ido concretando en un conjunto de documentos que concretan los deberes de argumentación del legislador e igualmente en la apertura de canales que permiten la participación de todos los afectados por una norma en su proceso de deliberación. Con mayor o menor fortuna, esto es lo que en realidad pretende la reforma de la Ley del Gobierno del 2015. Las memorias de impacto (art. 26.3) y la evaluación obligatoria de las normas concretan los deberes de argumentación. Los trámites de audiencia pública deben permitir que todos los afectados o las organizaciones que lo representen puedan ser oídas y dar su opinión (art. 23.6). La realización de consultas y otro tipo de trámites incorpora también la necesidad de oír a expertos que, como ya recordaba Joachim Vogel hace años, debe conectarse con la democracia deliberativa y que contribuye también al incremento de la legitimidad técnica. La democracia deliberativa tiene especial relieve e importancia dentro de la Ciencia de la Legislación. Pues no solo ha ayudado a perfilar y concretar el nivel procedimental y pragmático, sino que además les ha conferido una dignidad y relieve especial. No se trata ya de un mero proceso, sino de un elemento esencial en la legitimación de la ley y que por tanto debe también pasar a formar parte de los contenidos substanciales de la reserva de ley.

Llegados a este punto aún resta por aclarar que es y no es esencial. Al igual que hacíamos en relación al procedimiento parlamentario y la democracia representativa, habría que concretar que defectos dentro del procedimiento prelegislativo invalidan la legitimidad de la ley, y por tanto son contrarios a la reserva de ley. Aunque obviamente, esta cuestión merece un debate mucho más detenido y minucioso. Lógicamente afectaría a la legitimidad de la ley el que un grupo de afectados no hubiera podido participar en el proceso de elaboración, habiendo sido marginado de forma deliberada. Pero creo que la aportación prin-

³⁵ Vid. entre la inmensa bibliografía además del trabajo de SANTIAGO NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., *passim*, MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons., 2006.

principal al control constitucional que puede hacer la democracia deliberativa proviene de los deberes de argumentación que entraña. Como señalaba anteriormente, en relación a los deberes de argumentación que también contiene la democracia representativa, la violación de este deber por parte del legislador en cualquiera de las fases debe tenerse en cuenta a la hora de modular la noción de deferencia que ha operado en el control efectuado sobre el principio de proporcionalidad. Como es conocido, la existencia de datos empíricos suficientes con el fin de justificar un cambio legislativo que afecta a una libertad fundamental –v. gr. el incremento de las penas, la creación de un nuevo delito– conduce a conceder al legislador un amplio margen de apreciación. Partiendo de que la deferencia es premisa obligada del control constitucional, su extensión debe moderarse en atención al grado de argumentación. Los jueces constitucionales deben ser deferentes con el legislador que se esfuerza en argumentar, aun en situaciones de incertidumbre en relación a los datos, pero no cuando no se ha hecho esfuerzo alguno en aportar al debate los pocos datos existentes. Los deberes de argumentación, a través de la evaluación legislativa, que pertenece al nivel pragmático de la Ciencia de la Legislación, se extienden además durante toda la vida de la ley. Lo que implica, siguiendo con el racionamiento anterior, que los jueces constitucionales no necesariamente han de ser deferentes con las leyes penales no evaluadas o mal evaluadas.

V. La eficacia exterior de la reserva de ley

Resta para finalizar reflexionar brevemente sobre la posible eficacia exterior de la reserva de ley. El derecho penal ha dejado de ser una realidad puramente estatal. Existe un *ius puniendi* global en el que participan multitud de actores, a través de distintos tipos de normas. Todo ello plantea problemas de legitimidad que las organizaciones internacionales, pero también otros actores globales intentan solucionar mejorando sus procedimientos de producción normativa. En este punto el par Ciencia de la Legislación/democracia deliberativa ha hecho su aparición. El problema de la legitimidad internacional tiene un punto de conexión importante con al reserva de ley, en el marco del proceso de armonización internacional. Como ya se ha explicado, la armonización coarta el margen de apreciación del legislador estatal y por tanto socaba también la democracia representativa. Es decir hay un conflicto visible entre armonización y reserva de ley penal, al que debe buscársele una vía de solución.

A estos efectos, lo primero a tener presente es que el fundamento de la democracia representativa, sobre el que ha descansado tradicionalmente la reserva de ley, solo tiene sentido vinculado al concepto de nación y de soberanía nacional. Esto es, en el seno de una concepción clásica o westfaliana del Estado, como dueño y señor de sus decisiones dentro de su espacio territorial. Esta comprensión tradicional de la soberanía se complementa –no creo que pueda decirse que se supere– con la noción de soberanía interrelacional. Un Estado es soberano no en la medida que tenga poder sobre su propio territorio, sino en la medida que participe en redes internacionales o que incluso sea capaz de crearlas. Y ello supone que muchas de las decisiones claves en la política jurídica se toman en esferas distintas a las estatales. Es lo que ocurre cuando se abordan problemas de criminalidad transnacionales, donde los Estados solo pueden ser exitosos en cuanto ceden y comparten su soberanía con otros actores internacionales. Este proceso lo hemos formalizado y evidenciado en el marco de la UE, pero es también visible en relación con otros actores.

La soberanía interrelacional y el proceso de globalización jurídica han acabado con el mito del parlamento como monopolizador del proceso y las decisiones legislativas. Al igual que es un error no ser conscientes de que la ley la determina también el gobierno, en el seno del «parlamentarismo cooperativo», también es un error cerrar los ojos a que los contenidos de la ley vienen predeterminados por la armonización internacional. En esta fase externa de la génesis legislativa, la democracia deliberativa y sus plasmaciones en el nivel procedimental y pragmático de la Ciencia de la Legislación deben también ser utilizadas. Ya hemos advertido, que son cada vez más las organizaciones internacionales que reforman sus procesos de adopción de decisiones a partir de criterios deliberativos. Con todas las reservas que se quiera, podría afirmarse por ello que esta noción de democracia en un mundo globalizado se está utilizando cada vez más como canon de legitimidad por los actores no estatales, que van incluyendo a los grupos de afectados e incrementando la transparencia en sus procedimientos de toma de decisión. Al igual que en el plano interno la legitimidad que aporta la reserva de ley también aquí debe entenderse como el producto total de un sumatorio compuesto por elementos procedentes de la democracia representativa y la deliberativa. Con las lentes de la democracia deliberativa podría examinarse, por ejemplo, la normativa del GAFI en materia de blanqueo o las resoluciones de Naciones Unidas relativas al terrorismo.

El control de constitucionalidad no puede cerrar los ojos, por ello, y ser acrítico con la forma en que se ha gestado la normativa internacional que el legislador nacional transpone de manera casi obligatoria. La valoración por los jueces, y no solo constitucionales, de la legitimidad del proceso internacional puede tener relevancia a la hora por ejemplo de interpretar la normativa interna, abogando por interpretaciones más restrictivas, o para incluso cuestionar su constitucionalidad cuando a la falta de argumentación interna, se superponga también la externa. En cualquier caso, se trata de un debate sobre el que habrá que profundizar en el futuro. Para ello confío en seguir contando con las energías y la perspicacia de mi querido maestro, quien en su ultimísima publicación incide sobre estas cuestiones³⁶.

³⁶ ARROYO ZAPATERO L., Which method for penal harmonization, *Revue Européen du Droit*, n.º 2, 2021.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLA PERSONA GIURIDICA: APPUNTI PER UNA DOGMATICA

CARLO ENRICO PALIERO

I. La struttura dell'illecito dell'ente dipendente da reato: alcune premesse incontroverse

Vorrei trattare un tema oggetto –fra i tanti– dell'interesse dell'onorato, che vi ha dedicato un perspicuo saggio d'illustrazione del paradigma spagnolo di responsabilità dell'ente¹. Mi concentrerò in questa sede non solo e non tanto sul *nucleo* rappresentato dal *nesso imputativo* del fatto-reato all'autore persona giuridica, quanto sull'*insieme* rappresentato dall'*illecito* della persona giuridica, dal *Verbandsunrecht*, per usare la terminologia tedesca, che qui ridefinisco «*illecito collettivo*», concependolo però non tanto o non solo come un modello di collegamento della responsabilità di una persona fisica alla responsabilità della rappresentata persona giuridica, quanto piuttosto come un *modello autonomo di illecito* completo di tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi, sostanziali e processuali.

Su questa base i punti fermi.

a) Anzitutto, proprio da un punto di vista dogmatico, occorre muovere dal fatto che l'illecito collettivo, diversamente da quello individuale, è un «*reato “senza azione”*», per lo meno se ci riferiamo all'azione che viene ascritta e rimproverata al destinatario del precetto penale, che in questo caso non può che essere rappresentato dal comando (in genere sarà un divieto) sotteso alla norma incriminatrice descrittiva del reato-presupposto.

¹ ARROYO ZAPATERO, L., «La responsabilità penale delle persone giuridiche nella penisola iberica», in FIORELLA A./STILE A. (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs*, Jovene Ed., Napoli 2012, pp. 105-119.

b) Inoltre, il «reato» della persona giuridica, come *illecito collettivo* (come «*Verbandsunrecht*») è un illecito, non «di evento», bensì «con evento» (necessario), nel senso che l'evento qui considerato non è (più) quello contenuto nella fattispecie di parte speciale integrata, ma è bensì rappresentato dal *reato-presupposto nel suo insieme* (nel suo *in sé*, tanto oggettivo che soggettivo, sia come *Tatbestand* che come *Unrecht*). Posto che, ovunque lo si voglia sistematicamente collocare, il reato-presupposto rimane comunque un elemento imprescindibile per l'esistenza categoriale dell'illecito collettivo.

Breve. L'evento di cui risponde la persona *fisica*, sia a titolo individuale che collettivo (a titolo cioè di partecipazione) è *diverso* dall'evento che fonda la responsabilità della persona giuridica; e anche la collocazione sistematica di siffatto elemento all'interno della fattispecie di illecito è differente: nell'un caso, conseguenza della condotta tipica che fomenta, attraverso lo specifico disvalore d'evento, il complessivo disvalore del fatto; nell'altro caso, presupposto di per sé ancora neutro che stabilisce il primo collegamento *ratione criminis* fra rappresentante e rappresentato.

c) Un terzo dato mi sembra indiscutibile: con riguardo in particolare alla *condotta*, l'illecito collettivo non soltanto è incarnato da una condotta *normativa* –cosa *per se* auto-evidente– ma è altresì un illecito, per così dire, «a condotta esterna»; nel quale cioè la condotta propria del responsabile (la persona giuridica), *id est* la condotta tipica dell'illecito collettivo, sta «fuori dal fatto-reato» –ovviamente della persona fisica– del quale in definitiva l'ente è chiamato a rispondere. Cerco di spiegarvi meglio. La «scelta d'azione» che viene rimproverata all'ente *non potrà mai coincidere* con quella tipica del fatto-reato, essendo piuttosto rappresentata da un comportamento *precedente* e diverso (la pregressa attività organizzativa *per se*), o semmai *successivo* (e anche esso *diverso*), nel caso delle attività riparatorie *post factum*. Breve. Si tratta di condotte che *non stanno mai dentro il fatto nel suo sviluppo*. Non sorprendente, del resto, perché dobbiamo prendere atto che qui si tratta di una responsabilità –comunque– di secondo livello, di una responsabilità, se vogliamo utilizzare la grammatica penalistica a noi consueta², per *un fatto altrui*.

Ed è da questo stato di fatto che nascono i problemi di inquadramento di tipo dogmatico. Mentre la *ratio* dell'imputazione dal punto di

² Rubo l'espressione –e il concetto– a FLETCHER, G. P., *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2004.

vista politico-criminale è oggi chiara e sufficientemente elaborata³ (l'indispensabilità di un coinvolgimento *diretto* della *company* nell'ormai vasto, ramificato ed esondante bacino del *white collar crime*), la *ratio* giuridico-sistemática dell'imputazione è al contrario tuttora problematica: non solo nel nostro, ma in ogni altro ordinamento che il problema, quanto meno, se lo è posto.

II. Postulati preliminari alla paradigmatica qui proposta

Chiariti i punti fermi, prima di dedicarmi alle questioni strettamente correlate ai criteri soggettivi di ascrizione della responsabilità per il reato all'ente, occorre completare il quadro teorico da cui muovono le mie successive considerazioni. Richiamo di seguito, a mo' di postulato, alcune mie posizioni maturate in seno ai miei studi dedicati al tema della responsabilità da reato dell'ente, a cui rinvierò.

a) A dispetto dell'etichetta prescelta dal legislatore del 2001, ritengo che la natura della responsabilità dell'ente abbia stampo eminentemente penalistico sia per quanto riguarda lo statuto delle garanzie, sia per quanto riguarda la sua disciplina⁴.

b) *Alla unicità e unitarietà* dell'oggetto dell'imputazione (la commissione di un reato-presupposto da parte di un soggetto collegato all'ente) corrisponde *un unico fatto illecito* ascrivibile (ovviamente secondo criteri imputativi diversi) ai distinti soggetti responsabili *ex crimine* (autore individuale e autore collettivo)⁵.

c) Abbracciando una soluzione dogmatica *analogica*⁶ –che però tiene in cale la *specificità* della forma di responsabilità assegnata alla persona

³ Per tutti, NIETO MARTIN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», en *Polít. crim.*, núm. 5, 2008, A3-5, pp.1-18; *id.*, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Kuhlén, L., et al (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁴ In relazione alle argomentazioni che sostengono questa mia presa di posizione, rinvio a PALIERO, C.E., «La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici», en PALAZZO, F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003, pp. 24 ss.; *id.*, «La società punita: del "come", del "perché" e del "per cosa"», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1520 ss.; *id.*, «Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano», en *Soc.*, 2011, suppl. 12, pp. 14 s.

⁵ In ordine a questo quesito mi sia consentito il rinvio a PALIERO, C.E., *La società punita*, (nota 4), pp. 1520 ss.

⁶ Tra le varianti che adottano una soluzione dogmatica analogica, oltre al modello della fattispecie plurisoggettiva di parte generale, si possono evocare il modello di responsabilità da reato omissivo improprio, quello del reato d'obbligo, oppure quello dell'autoria mediata. Alla categoria delle soluzioni dogmatiche analogiche, può contrapporsi quella delle soluzioni metaforiche,

giuridica– rimodello la responsabilità della persona giuridica come *fattispecie plurisoggettiva di parte generale*⁷, tipizzante una nuova ipotesi di concorso (necessario) di persone, fisiche e giuridiche, nello stesso reato; un solo reato nel quale insieme concorrono –secondo la logica dell’accessorietà ma con criteri di imputazione diversi– e la *societas* e la persona fisica⁸.

nell’ambito delle quali convergono gli approcci che tendono a disegnare la colpevolezza propria dell’ente «a immagine e somiglianza» del rimprovero tipico mosso in sede penale alla persona fisica, tramite un processo di antropomorfizzazione della responsabilità dell’ente. Espressivi di questo secondo gruppo di soluzioni TIEDEMANN, K., «Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en NJW, 1988, p. 1172 ss.; *id.*, «Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen», en ESER, A./THORMUNDSON, J., «Old Ways and New Needs in Criminal Legislation», Freiburg i.Br., 1989, pp. 173 ss.; HEINE, G., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken», Baden-Baden, 1995; LAMPE, E. J., «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en «ZStW», 1994, pp. 683 ss.; GOMEZ-JARA DIEZ, C., «La culpabilidad penal de la empresa», Madrid, 2005, pp. 248 ss.

⁷ Per una più compiuta enunciazione di tale proposta ermeneutico-sistemica, rinvio a PALIERO, C. E., «La responsabilità penale della persona giuridica», (nota 4), pp. 17 ss. Aderisce a tale impostazione VINCIGUERRA, S., «La struttura dell’illecito», en VINCIGUERRA, S./CERESA GASTALDO, M./ROSSI, A. (a cura di), *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, Padova, 2004, p. 27; a una figura di «concorso anomalo» fa invece riferimento ROMANO, M., «La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali», en *Riv. soc.*, 2002, 410. Contra: MELCHIONDA, A., «Brevi appunti sul fondamento “dogmatico” della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi», en PALAZZO, F. (a cura di), *op. cit.*, pp. 227 ss.; PAGLIARO, A., *ivi*, p. 72, secondo il quale «il modello da seguire è proprio l’inverso di quello del concorso di persone, perché nel concorso di persone abbiamo più azioni reali, più condotte reali di più soggetti e da questi si forma un solo reato»; in termini problematici, GIUNTA, F., «Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi», en *Riv. trim. dir. pen.*, 2004, pp. 5 s., il quale pur ritenendo che l’assimilazione allo schema del concorso di persone nel reato «non è logicamente preclusa», afferma anche che «nulla impedisce di ricostruire la responsabilità dell’ente come una responsabilità da posizione, anziché da compartecipazione» e dunque «il novum del d. lgs. 231/2001 consiste più semplicemente nell’introduzione di una fattispecie pluriascrittiva eventuale, in base alla quale la responsabilità dell’ente risulta, ad un tempo, subordinata al reato realizzato dalla persona fisica e autonoma dalla responsabilità di quest’ultima»; cfr. da ultimo MONGILLO, V., «La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo», Giappichelli, Torino, 2018, p. 430, secondo il quale di «concorso o complicità potrebbe parlarsi in senso metaforico o «funzionale»», perché l’addebito rivolto alla *societas* incarnerebbe piuttosto «un’autonoma fattispecie di illecito corporativo». Per una ricostruzione delle diverse opinioni e degli ulteriori dissensi poi maturati sul punto, cfr. ASTROLOGO, A., «Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica», en *Indice pen.*, 2005, pp. 1016 ss.

⁸ Con riguardo all’osservatorio italiano, questa prima chiave di lettura sarebbe stata ed è stata in prima battuta la seguente: lo schema di responsabilità adottato dal legislatore del 2001 ha introdotto nel sistema penale italiano una fattispecie a concorso necessario, di parte generale, sia pure topograficamente insediata in una legge speciale.

Si tratta di un paradigma che, se da un punto di vista funzionale è certamente orientato sulla prevenzione (generale e speciale), da un punto di vista strutturale è invece animato al suo interno da una tipicità di natura collettiva: quanto di più simile, strutturalmente, al modello di fattispecie plurisoggettiva, e necessariamente plurisoggettiva.

In altri termini: almeno sotto il profilo della tipicità oggettiva, questo schema interpretativo impernia la responsabilità ex crimine della società commerciale su di una fattispecie complessa e necessariamente plurisoggettiva; nell’ambito di questa, l’uno o l’altro dei due concorrenti necessari possono risultare in concreto non punibili (per ragioni processuali o per vicende estintive il concorrente fisico; in presenza delle cause di esclusione tipiche –artt. 6 e 7– il concorrente

d) Assumo che il Modello Organizzativo, al di là di possibili ambiguità indotte dalla formulazione letterale adottata dal legislatore, non sia un'esismente e non faccia dunque parte della colpevolezza, ma sia elemento costitutivo del Tipo, o, se si vuole, *del Verbandsunrecht* complessivo⁹. Mettiamola così: il MOG è sempre un elemento costitutivo della fattispecie ma possiede una doppia valenza imputativa.

III. La doppia valenza imputativa del MOG e le sue conseguenze sul piano dell'illecito

Voglio soffermarmi ulteriormente sul quarto postulato, che costituisce la chiave di volta che dischiude l'accesso alla paradigmatica che intendo qui riaffermare. Partendo dal fulcro del modello organizzativo per giungere alla struttura dell'illecito, occorre soffermarsi sulla sua valenza e sulle conseguenze da essa derivanti tanto sul piano oggettivo quanto su quello soggettivo.

Anzitutto, il MOG vale come macro-regola «contenitore», *per se* corrispondente all'adempimento del generale dovere di organizzazione

giuridico), ma la fattispecie è integrata solo in presenza del concorso –cristallizzato dal «doppio legame' funzionale/finalistico (posizione; interesse/vantaggio)– di entrambi i soggetti destinatari della norma complessa. In assenza di tale collegamento fra condotte si fuoriesce dal sistema, e può sopravvivere soltanto la diversa fattispecie punitiva individuale (monosoggettiva, o plurisoggettiva eventuale ex art. 110 segg. c.p.).

Sono consapevole che la tesi ermeneutico-dogmatica che qui continuo a propugnare non ha goduto dei consensi della prevalente dottrina penalistica. Ma, per converso, ha ricevuto il conforto della prassi, nella sua sede, a sua volta, più autorevole, le Sezioni Unite della Cassazione, che nell'arresto sull'importante «caso Impregilo» (estensore Milo) ha testualmente affermato: «La responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato «a vantaggio» o «nell'interesse» del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato «fatto» di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 d. lgs. n. 231), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto fisico qualificato». (Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008 (2 luglio 2008), n. 26654, Fisia Italimpianti e altri). Il testo della decisione è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1746, con note di MONGILLO, V., «La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite», *ivi*, pp. 1758 ss., e di LORENZETTO, E., «Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato», *ivi*, pp. 1788 ss.

⁹ Cfr. M. M. SCOLETTA, «La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. 231/2001», in CANZIO, G./CERQUA, L. D./LUPARIA L. (a cura di): *Diritto penale delle società*, Torino, 2014, pp. 817 ss.

in chiave preventiva (del rischio-reato); tale macro-regola, poi, è a sua volta declinata in, e composta da una serie di regole nucleari proceduralizzate che sovrintendono in modo puntiforme al quotidiano *modus operandi* dell'ente nella sua attività istituzionale¹⁰.

Muovendo da questa base, posso cominciare a delineare la conformazione del *Tatbestand* –tanto oggettivo quanto soggettivo– del nostro *Verbandsunrecht*, segnalandone sia i tratti «chiari» che gli «oscuri».

In relazione al *Tatbestand* oggettivo, alla «condotta», il corrispondente modello analogico più aderente lo ravviso nel reato d'obbligo¹¹ nel quale:

- i) l'elemento tipizzante funzionale/fiduciario che ne contrassegna la natura di illecito proprio è rappresentato dal nesso oggettivo di imputazione (rapporto funzionale + interesse/vantaggio);
- ii) l'evento dannoso è materializzato dal reato-presupposto;
- iii) la condotta tipica, normativo-deontologica caratteristica del *Pflichtdelikt*, è impersonata dall'architettura di regole preventivo-cautelari condensate dal MOG e, segnatamente, dalle sue procedure implementative.

Resta da risolvere il quesito circa la fisionomia del *Tatbestand* soggettivo, in cui compendiare (e *in primis* identificare) la colpevolezza dell'ente.

In questo contesto, assumo che tale profilo possa essere correttamente disegnato solo ricorrendo, per sfruttarla a fini sistematici, alla testé affermata «centralità tipizzante» del MOG.

Nel delineare i profili soggettivi dell'illecito della persona giuridica, assume un ruolo centrale il «Modello Organizzativo» (c.d. MOG), che rappresenta la modalità tipica per l'adempimento al dovere di organizzazione in chiave preventiva del rischio-reato che è imposto dal decreto. Così, infatti, la completa assenza del Modello Organizzativo al momento della commissione del reato, piuttosto che l'adozione –an-

¹⁰ Cfr., in particolare sul tema: PALIERO, C. E./PIERGALLINI, C., «La colpa di organizzazione», in *Resp. amm. soc. en.*, núm. 3, 2006, pp. 167 ss.; PIERGALLINI, C., «Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lgs. 231/2001)», in *Cass. pen.*, 2013, parte I, pp. 376-399, parte II, pp. 842-86 (versione aggiornata dell'analogo saggio pubblicato in *Studi Mario Romano*, Napoli, 2011, Vol. III, pp. 2049 ss.).

¹¹ Per questa tesi, rinvio a PALIERO, C. E., «"Universitas Delinquere Scit". Paradigmi ascrittivi della responsabilità "penale" degli enti nell'ordinamento italiano», in RODRÍGUEZ, Á./CONSTANTE, C. (a cura di), *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, Lima, 2008, p. 567 ss. Sul carattere del reato d'obbligo come forma paradigmatica di «tipo aperto» rinvio, infine, a PALIERO, C. E., «L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?», in *Criminalia*, 2012, pp. 112-113.

corché deficitaria– dello stesso, rivelano una differente forma e una diversa misura di riprovevolezza della «scelta d'azione» dell'ente (volendo, della sua «condotta tipica»):

1. nel primo caso, vi è una precisa e consapevole –in termini penalistici, diremmo *intenzionale*– «scelta di disorganizzazione»¹², che alimenta una cultura dell'illegalità d'impresa e aumenta il rischio che soggetti legati all'ente commettano fatti di reato (si può parlare, in proposito, di *Planungsverschulden*, ossia di *una noncuranza progettuale della societās*).

A cascata le conseguenze:

i) L'imputazione della responsabilità sfugge in questo caso, dal punto di vista processuale, alla censura di *vulnus* della presunzione di non colpevolezza: l'inesistenza del Modello è un dato oggettivo che si «auto-prova» (cioè senza porre problemi circa il *locus* di collocazione dell'*onus probandi*);

ii) Dal momento che risulta *in apicibus* –o, se vogliamo, *ab imis*– consapevolmente violata la macro-meta-regola di «organizzazione dell'organizzazione» a fini di prevenzione del rischio-reato, non è qui assolutamente rintracciabile un paradigma di colpa specifica in termini tecnico-penalistici; dobbiamo pertanto rassegnarci a ravvisare un modello di sincopata «colpevolezza di organizzazione», di fatto coincidente con un modello imputativo-funzionalistico di tipo jakobsiano: la collettività si aspetta e pretende che ciascun ente «organizzi la sua organizzazione» *contra crimina* trasmettendo a ogni altro ente segnali di conferma di tale aspettativa, e il cui tradimento a sua volta impone la riconferma delle aspettative deluse attraverso l'applicazione della sanzione all'ente disorganizzato.

iii) In tale scenario diviene superfluo ogni tentativo di distinzione interna dei criteri imputativi legali (tendenzialmente «doloso» *ex art. 6*, sicuramente «colposo» *ex art. 7*, con autonoma forma di «colpa organizzativa» *ex art. 8?*). La mancata adozione del MOG, sia essa motivata da una volontà pervicace orientata alla massimizzazione del profitto (qui da intendersi essenzialmente come risparmio di spesa), piuttosto che frutto di una grossolana negligenza informativa o gestionale,

¹² Cfr. PALIERO, C. E., «Das Organisationsverschulden», en *Strafrecht und Wirtschaft-Fest.* Tiedemann, a cura di U. Sieber-G. Dannecker-U. Kindhäuser-J. Vogel-T. Walter, München, 2008, pp. 518 ss.

non fa mutare il tipo/tasso di rimprovero. Questo è davvero un caso in cui il «puoi perché devi» kantiano trova ragionevole applicazione.

iv) Corollario finale: si deduce che nell'ipotesi qui prospettata il reato-presupposto non possa rivestire il ruolo, né di evento tipico né di presupposto della condotta, giocando al più ed esclusivamente il ruolo di condizione obbiettiva di punibilità; per converso, e conseguentemente, il *Verbandsunrecht* si manifesta allora come puro «illecito di rischio»: di qualsiasi possibile e neppure pre-ipotizzato rischio-reato che l'attività di impresa sia in grado *–hic et nunc o de futuro–* di fomentare.

Breve. Siamo in presenza di un tipo di responsabilità, in definitiva né «dolosa», né «colposa», quanto «di rischio»; responsabilità, peraltro, non tanto «da rischio illecito» (quale ad es. la *recklessness* del sistema anglosassone), quanto piuttosto «da rischio di illecito»: il rischio consapevolmente o comunque riproevolmente assunto di (lasciar) determinare un (qualsiasi) reato-presupposto.

2) nel secondo caso, laddove si adotti e implementi un modello di prevenzione insufficiente o inefficace, *la défaillance* organizzativa della *corporation* comporta una minore capacità preventiva del rischio-reato ed implica, per ciò solo, un contegno *autenticamente* colposo¹³ dell'ente riconducibile –come dirò meglio in seguito– allo schema dell'agevolazione colposa.

In questo caso, il discorso è radicalmente diverso poiché ci si trova in presenza di un effettivo adempimento del dovere/onere di dotarsi di «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» [l'ultima giurisprudenza lo definisce senza infingimenti un «obbligo»¹⁴, in ciò confermando il mio assunto di base: il MOG è elemento del tipo, *rectius* del paradigma di responsabilità, e non mera causa di esclusione della punibilità]; un dovere, tuttavia, non compiutamente, ovvero imperfettamente adempiuto per un *deficit* del MOG stesso¹⁵. Vuoi in termini di inadeguatezza preventiva

¹³ Sulla colpa d'organizzazione si conceda il rinvio a PALIERO, C.E.-PIERGALLINI, C., «La colpa di organizzazione», in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss., spec. 177-183; PALIERO, C.E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 175 ss. Si veda inoltre, TRIPODI, A., «Situazione organizzativa» e «colpa in organizzazione»: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia», in *Riv. trim. dir. pen.*, 2004, 483 ss.; per indicazioni comparatistiche, VILLANI E., «Alle radici del concetto di "colpa d'organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato», Napoli, 2016, *passim*.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (24 aprile 2014) n. 38343, Thyssenkrupp, §59 ss.

¹⁵ Cfr. PIERGALLINI, C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale* (nota 10) e *id.*, «Il modello organizzativo alla verifica della prassi», in *Le Società*, suppl. al n. 12: *D. Lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, 2011, pp. 45 ss.

nella predisposizione di cautele idonee, previa mappatura degli specifici rischi-reato connaturali all'attività d'impresa del singolo ente. Vuoi per una sua scorretta implementazione (inappropriata selezione o inefficienza dell'Organismo di Vigilanza, *deficit* informativi o assenza di formazione; inefficacia di un sistema sanzionatorio delle infrazioni delle regole cautelari).

In questo diverso scenario, tutti i problemi, anche di costituzionalità, della «normativa 231», riaggallano inesorabili. Ma qui la scelta dogmatico-ermeneutica cessa di essere meramente tecnica e assume rilevanza politica, politico-criminale. Entro questo perimetro fenomenologico, infatti, nessuna opzione è in astratto esclusa, rimanendo ovviamente sempre aperta la «facile scorciatoia» rappresentata da una evocazione puramente «tabuistica» del *topos* «colpa di organizzazione», impiegandola però sostanzialmente come formula di rito, senza riempirla di più densi contenuti di tipicità realmente colposa.

È questa, in definitiva, la via seguita dalla giurisprudenza di legittimità, che nella sentenza Thyssen¹⁶ ha la sua epifania più elegante, ma che lascia fortemente insoddisfatti: una soluzione nella sostanza coincidente, al di là delle formule, con il paradigma della mera *identification* e che nel nostro quadro costituzionale abbandona, irrisolti, tutti i suoi nodi di acuta problematicità sotto il profilo delle garanzie.

Se, viceversa, si rinuncia a questa opzione *soft* per mettersi sulle tracce di un modello «*hard*» di colpa di organizzazione, inteso come autentico ancorché autonomo e differenziato tipo colposo, il percorso è ovviamente più erto e accidentato. Si tratta infatti, da un lato, di misurarsi con il dato normativo che proprio in relazione alla criteriolgia imputativa è particolarmente complesso e differenziato, anche sensibilmente, al suo interno. Si impone, dall'altro lato, il non facile compito di costruire *ex novo* una categoria ascrittiva della responsabilità che, anche se ricavata analogicamente dal più «*hard*» dei modelli di colpa normativa (per inosservanza di un sistema codificato di regole cautelari), esige in ogni caso la conquista di una categoria necessariamente omogenea al suo interno ma dotata di autonomia sia concettuale che strutturale rispetto al sistema di «mondi possibili» di illiceità colposa o comunque di illiceità «da concretizzazione di un rischio tipico in attività per se lecita».

A partire dal riconoscimento del ruolo discriminante della totale assenza, piuttosto che dell'adozione, di un Modello Organizzativo, è

¹⁶ V. nota 14.

dunque possibile articolare i termini di una ricostruzione sistematica della fattispecie di responsabilità dell'ente, fondata su uno schema duale:

(a) responsabilità per il reato-presupposto ascritta a un ente che ha omesso *in toto* il MOG,

versus

(b) responsabilità per il reato-presupposto ascritta a un ente che ha sì adempiuto all'onere di dotarsi del MOG, ma tale presidio risulti inadeguato o inefficacemente applicato.

IV. La costruzione della «colpa di organizzazione»

È questo il tema che la dogmatica penalistica ha ora il compito di approfondire.

Compito indubbiamente tutt'altro che agevole per la dottrina – ancor più per la giurisprudenza, come del resto dimostra almeno in parte la fluidità dello «stato dell'arte» della prassi, di cui si è detto – il cui esito è però destinato a segnare in maniera decisiva il destino della responsabilità dell'ente nel nostro ordinamento, sia sotto il profilo concettuale che pratico (della prassi giudiziaria e dell'impatto di questa segnatamente sul target «criminalità economica»).

E qui giungo alle conclusioni.

Al netto delle ulteriori problematiche di dettaglio, io credo che, una volta sciolta l'alternativa concettuale («opzione monistica» vs «opzione pluralistica») in relazione alla tassonomia dei criteri di imputazione concepiti dal legislatore del 2001 (e rispettivamente declinati agli artt. 6, 7, 8 del decreto), nel senso di ritenere che, a dispetto di una criteriologia imputativa formalmente differenziata, si sia voluto configurare un unico modello ascrittivo, articolato in singole forme distinte ma strutturalmente del tutto analoghe e omogenee, sia possibile conquistare su questo terreno un modello di responsabilità della persona giuridica che sia, almeno per analogia e sia pure con i dovuti accorgimenti, strutturalmente e autenticamente colposo. Segnatamente fondato, cioè, su di una colpa (di organizzazione) costruita come fatto tipi-

co colposo secondo i canoni «classici» della colpa individuale, quanto meno nella sua dimensione oggettiva¹⁷.

Una importante indicazione in questo senso mi sembra del resto offerta dalla già richiamata centralità tipizzante del MOG. Come ho già avuto modo di segnalare altrove, il modello comportamentale «alternativo» all'illegalismo (la condotta doverosa, impeditiva, non dell'evento ma del –concreto– rischio dell'evento-reato), che la legge impone alla società per sfuggire alla responsabilità (creazione di un Modello Organizzativo idoneo e sua efficace implementazione) si presta indubbiamente a integrare un «normale» *crimen culposum* ancorché tipizzato «nella parte generale» attraverso una (complessa) clausola di estensione della responsabilità per lo stesso fatto-reato dalla persona fisica autore materiale alla persona giuridica (o, nel caso di cui all'art. 8, addirittura senza mediazioni «umane», direttamente alla persona giuridica); con la sola peculiare differenza relativa alle fonti del modello cautelare: in questo caso completamente autonormato e autotutelato¹⁸.

La prospettiva della colpa, nelle sue cadenze autentiche e fondamentalmente garantistiche, viene dunque così ripresa nella fase di concretizzazione del dovere organizzativo, in sede cioè di (auto)definizione dei modi di prevenzione del (di ogni singolo) rischio-reato.

Se così è, si può anzitutto affermare che l'imputazione soggettiva della responsabilità all'ente richiederebbe l'accertamento giudiziale –mediante il criterio c.d. della prognosi postuma¹⁹– della violazione di

¹⁷ Cfr. CASTRONUOVO, D., «La colpa penale», Milano, 2009, spec. pp. 284 ss, 511 ss. Sull'istituto della colpa resta fondamentale, anche per il punto specifico, FORTI, G., «Colpa ed evento nel diritto penale», Milano, 1990 e ora, perspicuamente, C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, voce in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. X, Milano, 2017, pp. 222 ss.

¹⁸ PALIERO, C. E., «La società punita» (nota 4), p. 1453. Per una ricostruzione storico-comparatistica dell'auto-normazione v. NIETO MARTÌN, A. (nota 3); TORRE, V., «La «privatizzazione» delle fonti del diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa, Bologna 2013. V. inoltre più in generale SGUBBI, F., «Il diritto penale incerto ed efficace», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1193 ss.

¹⁹ PALIERO, C. E., «Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?», in *Le Società*, 2014, p. 475; GARUTI, G., «Profili giuridici del concetto di «adeguatezza» dei modelli organizzativi», in *Resp. amm. soc. en.*, n. 3, 2007, p. 13; VIGNOLI, F., «Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie», *ivi*, 2009, p. 10; FIDELBO, G., «L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale», in MONGILLO, V./STILE, A. M./STILE, G. (*a cura di*), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001, problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 182; *id.*, «La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo», in *Le Società*, suppl. al n. 12, 2011, p. 59. Il giudizio *de quo* sarà necessariamente a base parziale, dovrà cioè essere effettuato avendo in considerazione esclusivamente le circostanze conosciute o conoscibili dall'ente, al momento della realizzazione del reato, o, più opportunamente, al momento della proceduralizzazione del rischio. Cfr. in merito SALCUNI, G., «La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta», in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, n. 4, 2015, p. 886.

una regola di organizzazione idonea a prevenire il rischio di commissione del reato concretamente verificatosi²⁰. In questa ipotesi, dunque, l'illecito colposo della persona giuridica sarebbe un illecito di evento (qui rappresentato dal reato-presupposto della persona fisica, vero e proprio elemento del tipo) che deve essere provato collegandolo attraverso un doppio nesso di causalità (l'uno «naturalistico», l'altro «normativo»):

i) nesso naturalistico: intercorrente fra la «condotta» della persona giuridica –*id est* lo specifico protocollo violativo della regola cautelare «sottostante» in quanto mal strutturato o non correttamente implementato alla luce delle *best practices* e, ma solo come primo orientamento, delle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria²¹– ed evento-reato posto in essere dalla persona fisica;

ii) nesso normativo: intercorrente fra violazione concreta della specifica regola cautelare –di predisposizione delle cautele ovvero di efficace implementazione delle stesse– e rischio tipico di reato di cui il reato-presupposto *hic et nunc* perpetrato dalla persona fisica rappresenti la concretizzazione²²; valorizzando così in definitiva la prospettiva del

²⁰ Il giudice dovrà cioè valutare, rispetto alle specificità del singolo ente, da una parte l'idoneità del modello di *compliance*, legata al momento dell'adozione dello stesso, dall'altra la sua efficacia che invece è collegata al momento della sua concreta attuazione: GARUTI, G. (nota 20), p. 13 ss.

²¹ Sulla colpa di organizzazione come ipotesi di *colpa specifica* si rinvia a PALIERO, C. E., «Dieci anni di «corporate liability» nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi», in *Le Società*, n. 12 S., 2011, p. 21; PIERGALLINI, C., «Paradigmatica» (nota 10), p. 2105; *id.*, «Il modello organizzativo» (nota 16), p. 53; *id.*, «Autonormazione e controllo penale», in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2015, p. 266. Secondo questa lettura ermeneutico-sistemica, il giudizio sulla idoneità del modello organizzativo –e, dunque, l'individuazione della regola cautelare che si assume violata– dovrebbe essere condotto alla luce dei codici di comportamento elaborati, a livello più generale, dalle associazioni rappresentative degli enti e delle *best practices* aziendali: alla luce, cioè, di un *positivizzato know-how* precauzionale-impeditivo dei reati-presupposto. In questa prospettiva, si è detto, le linee guida verrebbero a rappresentare una «fonte affidabile di orientamento, idonea a rappresentare rebus sic stantibus lo standard di adeguatezza delle cautele organizzative esigibili in un concreto momento storico»: così perspicuamente D'ARCANGELO, F., «Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente», in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2015, p. 59. Come sostenuto dalla dottrina specialistica, in questo contesto potrebbe dunque prevedersi una presunzione di idoneità preventiva del modello basato sulle *best practices*, che andrebbe a creare in capo al giudice un obbligo di motivazione rafforzato in caso di *dissenting opinion* sull'adeguatezza delle cautele: PIERGALLINI, C., «Il modello organizzativo» (nota 16), p. 54, e ASSUMMA, B., «Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e di gestione e nel giudizio di idoneità di esso», in *Resp. amm. soc. en.*, n. 4, 2010, pp. 193 ss.

²² È questo il c.d. «nesso di congruenza», fondamentale elemento tipizzante della fattispecie oggettiva colposa, che deve sussistere tra il *tipo di rischio* innescato dalla condotta e il *tipo di evento* che ne rappresenta la concretizzazione. In argomento, cfr. CASTALDO, A., «Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 881 ss.; *id.*, «L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento», Napoli, 1989; DONINI, M., «Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento», Parte II, in *Riv. it. dir.*

comportamento alternativo lecito (c.d. evitabilità in concreto dell'evento)²³.

V. Colpa di organizzazione e tassonomia ascrittiva: una sintesi nella diversità

Riepilogando

a) In presenza di un MOG introdotto e implementato, ma deficitario in almeno una delle sue «fasi/moduli» una «colpa di organizzazione» costruita nei termini anzidetti –modulata, cioè, come tipo colposo– trovi il suo paradigma idealtipico nella criteriologia imputativa di cui all'art. 7 d. lgs. 231/2001, quando, cioè, il reato-presupposto viene commesso da un soggetto subordinato²⁴.

In questa ipotesi, infatti, l'ente sarebbe rimproverabile per avere agevolato la consumazione del reato tramite un contributo causale in termini di aumento del rischio²⁵, poi concretizzatosi nell'evento-reato-presupposto, oppure, in una diversa lettura, per una responsabilità omissiva (per mancato impedimento) nel reato del sottoposto²⁶. In entrambi i casi, la colpevolezza si tradurrebbe appunto in una colpa di organizzazione, integrata da un *deficit* di controllo di uno specifico ganglio dell'organizzazione.

In siffatto schema, il *personales Unrecht*, cioè il fattore che denota l'appartenenza dell'evento (i.e. il reato commesso dal soggetto subordi-

proc. pen., 1989, pp. 1114 ss.; ROXIN, C., «La problematica dell'imputazione oggettiva», in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998, pp. 83 ss.

²³ Per aversi sentenza di condanna dovrà in altri termini accertarsi –mediante il classico giudizio controfattuale «per aggiunta» (mentale) tipico della causalità omissiva– che l'adozione di modelli organizzativi «idonei» avrebbe ragionevolmente evitato il verificarsi del reato o «quantomeno ridotto entro limiti accettabili il rischio di commissione». In proposito v. MONGILLO, V., «Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione», in *Resp. amm. soc. en.*, n. 3, 2011, p. 72.

²⁴ Rinvio in proposito a PALIERO, C. E., «Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente», in LEVIS, M./PERINI, A. (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Bologna, 2014, p. 189.

²⁵ DE VERO, G., «La responsabilità penale delle persone giuridiche», Milano 2008, p. 194.

²⁶ Cfr. DE SIMONE, G., «I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231», in GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002, p. 111; *id.*, «La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici», in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, pp. 676 ss.; CASAROLI, G., «Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica», *ivi*, 2008, pp. 585 ss.; SERENI, A., «L'ente guardiano: l'autorganizzazione del controllo penale», Torino, 2016, p. 36.

nato) alla *Societas*, si rintraccia in relazione, appunto, alla mancata o carente osservanza, da parte di quest'ultima, dell'obbligo di adozione e di efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo: sicché l'adempimento del dovere di organizzazione funge qui da elemento costitutivo –sia pure in negativo (come carenza di)– della fattispecie oggettiva colposa²⁷, con la necessaria conseguenza, in questo caso indiscutibile e indiscussa, della ricaduta dell'onere della prova in capo all'accusa, con la piena operatività dei canoni dell'«in dubio pro reo» e dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»²⁸.

b) Più complesso e controverso, come è evidente, risulta il coefficiente di «colpa organizzativa» all'interno del paradigma imputativo «connesso» alla condotta dei soggetti in posizione apicale: sebbene l'art. 6 d.lgs. 231/2001 preveda la possibilità per l'ente di apprestare modelli di prevenzione del reato, specie quando la *Societas* si snoda in una pluralità di centri decisionali, buona parte della dottrina ha dubitato della possibilità di parlare di una colpa di organizzazione propriamente intesa²⁹. L'assunto muove dall'incontrovertibile considerazione che il reato commesso da un soggetto di vertice tende ad essere «identitario», come reato dell'ente, esprimendone di regola, se non la strategia/politica d'impresa, quanto meno la cultura. Così, il dolo dell'amministratore coinciderebbe, in definitiva, più che con la colpa organizzativa, con il «dolo», magari in forma eventuale, dell'ente, visto che il reato risulterebbe espressivo della sua politica/cultura di impresa. Risultando in ultima analisi «più analogico» rispetto al paradigma e ai postulati della teoria dell'identificazione.

Effettivamente, la teoria dell'identificazione in astratto sembra attagliarsi meglio al cospetto di un reato riferibile a un soggetto di vertice, pur in presenza di un MOG esistente. Nondimeno, muovendo dalla constatazione che nelle organizzazioni complesse il decentramento orizzontale della responsabilità fa venire meno l'equazione «reato commesso dall'apicale» = «reato commesso nell'espletamento di una criminosa politica d'impresa», la disposizione dell'art. 6 apre la strada, co-

²⁷ SCOLETTA, M. M. (nota 9), p. 924.

²⁸ PALIERO, C. E. (nota 25), p. 198.

²⁹ In senso fortemente critico in merito alla possibile riconducibilità del criterio ascrittivo dell'art. 6 ad un paradigma realmente colposo, fra gli altri, PADOVANI, T., «Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche», in DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, p. 18; DE VERO, G., «Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1138 ss., e AMODIO, E., «Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente», in *Cass. pen.*, 2005, pp. 324 ss.

munque, alla possibilità di individuare un diaframma tra l'ente e le persone che ne incarnano i vertici qualora il primo abbia osservato le disposizioni normative di cui alla medesima disposizione: adempiere al dovere di «organizzare l'organizzazione» *contra crimina societatis*.

Siffatto iato si traduce, a ben vedere, nell'impossibilità di muovere all'ente un rimprovero per colpa di organizzazione tutte le volte in cui tale dovere sia stato osservato.

Se così è, a me pare che anche per siffatta variante, una volta interpretata la locuzione «se prova» secondo i criteri generali –e dunque alla stregua di un «se non è provata», dal pubblico ministero, la sussistenza dei requisiti cumulativamente previsti dal dettato normativo e fermo restando l'onere di allegazione del MOG a carico dell'ente– sia possibile –e, anzi, opportuno– conquistare, laddove appunto un Modello Organizzativo esista, un paradigma imputativo di tipo propriamente colposo.

La responsabilità dell'ente è del resto tendenzialmente orientata su ogni tipo di rischio, *rectius* su ogni tipo di rischio-reato possa sprigionarsi al suo interno, per cui il solo limite formale della pre-fissazione legislativa non può risultare sufficiente a preservare l'ente da un meccanismo di pura imputazione oggettiva. In ogni caso, un limite ulteriore (una barriera garantista!) deve essere trovata, nel caso ricorrendo a una specificazione dell'addebito correlata a singoli rischi e non al generale rischio d'impresa.

Anche se –un *caveat!*– tale limite (entrambi tali limiti!), ahimè, dal 2009³⁰ potrebbe(ro) risultare di fatto già in astratto annichilito(i) dalla sciagurata decisione legislativa di inserire fra i reati-presupposto la figura *passe-partout* rappresentata dai diversi delitti di associazione.

Per la verità, con quest'ultimo passaggio legiferativo si delinea una prospettiva onnivora, in grado di radicare la responsabilità della persona giuridica, sostanzialmente, per qualsiasi tipo di evento; una prospettiva rispetto alla quale l'unica barriera, l'unico «schermo di tutela» per l'ente, costituito dalla propria organizzazione rischia di tradursi in una *mission impossible*.

E comunque sull'organizzazione, *rectius* sul modello organizzativo dell'ente e sull'accertamento della sua relativa idoneità, che dovrà concentrarsi il lento, ma indispensabile recupero dello *Schuldprinzip*, anche su questo estremo territorio di confine.

Salvo, naturalmente, voler più facilmente (e meno garantisticamente) tornare all'originario modello imputativo-funzionalistico di tipo jakobsiano,

³⁰ Con la L. 15 luglio 2009, n. 94.

come del resto fa oggi la giurisprudenza (specie di legittimità) la quale, pur relegando l'immedesimazione organica nell'imputazione oggettiva e richiedendo in punto di imputazione soggettiva, e quindi di responsabilità colpevole, la sussistenza di una «colpa di organizzazione propria dell'ente», rifugge tetragona dal compito della costruzione di un fatto tipico propriamente colposo dell'ente nell'ipotesi di reato-presupposto commesso dal vertice³¹.

c) Resta il modello di responsabilità autonoma di cui all'art. 8 d. lgs. 231/2001 ove la colpa di organizzazione, come ho altrove sostenuto, assurge addirittura a criterio «puro» di attribuzione di responsabilità all'ente: depurato cioè da qualsiasi legame con la dimostrazione di un ulteriore coefficiente di colpevolezza della persona fisica e nel quale il profilo della (dis)organizzazione assume un rilievo centrale e assorbente.

L'autonomia della responsabilità della persona giuridica ritaglia in questo caso un «centro di imputazione» al quale sono riconducibili reati consumati da persone fisiche che, nell'ipotesi limite, non risultano neppure individuate. Si è al cospetto di «*Werkzeugen*», che una «mente superiore» e dominante ha indirizzato e orientato all'attività tipica, cioè alla attività di rischio tipico –quell'attività che ha innescato il rischio-reato– senza che l'ente abbia preveduto e predisposto, come da suo «dovere organizzativo», i meccanismi di minimizzazione che pertenevano alla sua posizione di controllo.

Ecco allora che anche su questo terreno pare ravvisabile un paradigma imputativo autenticamente colposo, un «Tipo colposo» «di organizzazione»: anche nei casi in cui l'autore-persona fisica (vertice o subordinato che sia) non sia individuato, sarà in altri termini onere dell'accusa³² dimostrare la violazione della regola cautelare (la condotta colposa dell'ente, lo specifico protocollo mal strutturato/implementato) e il duplice nesso (naturalistico e normativo) con l'evento-reato elemento del tipo, con conseguente valorizzazione del giudizio controfattuale del comportamento alternativo lecito. Questo, quanto meno, nei casi di imputazione soggettiva alternativa, quando cioè, sia stato acclarato un fatto-reato completo nei suoi elementi essenziali, senza che sia stato possibile

³¹ Come noto, rappresenta una *rara avis* la sentenza di merito Impregilo (GUP Milano), poi travolta dall'azione restauratrice della Cassazione. Criticamente in proposito, v. PALIERO, C. E., (nota 20), pp. 474 ss.

³² Anche a voler accettare che l'art. 6 individui una norma *eccezionale* di inversione dell'*onus* probandi a carico dell'imputato (la cui paventata illegittimità costituzionale viene negata dalla Cassazione (anche) attraverso il ricorso all'*escamotage* rappresentato dalla qualificazione, *quod naturam*, della responsabilità dell'ente come *tertium genus*), essa resta indiscutibilmente una disposizione *in malam partem*, come tale non applicabile in via analogica. Ne consegue che, nel silenzio dell'art. 8, è certo che debba valere la regola generale per la quale grava sull'accusa l'onere di provare «oltre il ragionevole dubbio» la colpa e, quindi, la responsabilità dell'*imputato*, anche se persona giuridica e non fisica.

attribuirlo a uno o più soggetti determinati³³. Diversi sono, ovviamente, sia il caso in cui la non punibilità della persona fisica dipenda da cause soggettive di non punibilità (in questo caso, sia pure «atecnicamente» rappresentate tanto dalla –in concreto implausibile– assenza di imputabilità del rappresentante, quanto dalle altre cause di sua non punibilità diverse dall'amnistia); in questo caso infatti, si riproducono i paradigmi ascrittivi precedenti rispetto al fatto tipico-antigiuridico-colpevole della persona fisica anche se questa sfugge, per tali cause, alla sola pena. Sia, anche, il caso in cui l'autore non sia identificato in ragione del mancato chiarimento del fatto-reato in tutti i suoi connotati di tipicità, sia oggettiva, che soggettiva; in tale ipotesi, infatti, il paradigma della colpa organizzativa non può integrarsi difettando la possibilità di esperire quel «doppio controllo» dei nessi di collegamento (naturalistico e normativo) che danno corpo e sangue, anche in questo contesto, al tipo colposo.

A meno di poter giungere, in concreto, a sostenere –un caso limite!– che proprio la mancata identificazione del soggetto che ha posto in essere il reato-presupposto costituisca per se la prova della inadeguatezza del modello o della sua inefficace implementazione per una genetica disorganizzazione dei ruoli operativi e delle singole posizioni (anche di garanzia) all'interno del complesso societario-aziendale.

Come si vede, il cantiere della dogmatica, entro i confini di questo «nuovo» diritto, rimane aperto. Ed è altrettanto evidente che su questi temi deve anche, finalmente, aprirsi il –decisivo– «dialogo con le Corti»: il dialogo, cioè, tra il «Formante autoctono» dell'ente e il «Formante istituzionale» della Magistratura. Solo nella misura in cui il secondo accetterà come regole tipizzanti (e quindi, se rispettate, «esimenti») i protocolli di gestione del rischio auto-prodotti dall'ente, dapprima *ricognendole* (valutandone l'idoneità alla luce delle *best practices* di categoria) e poi *vagliandone* la concreta applicazione (verificandone, cioè l'efficace implementazione), la responsabilità «ex 231» potrà definirsi «colpevole» nel senso espresso dall'Art. 27 comma I Cost. Altrimenti, il nuovo paradigma, che mi permetto di continuare a definire *plurisoggettivo necessario*³⁴ di responsabilità si rivelerà –come i nostalgici del «societas delinquere non potest» continuano scetticamente a preconizzare– un *labirinto di carta* al centro (o nella *Sachgasse*) del quale c'è solo la minotauresca voracità indiscriminata del «versari» e del «respondeat superior».

³³ Cfr. GUERINI, T., «Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia», Torino, 2018, p. 57.

³⁴ Vedi *retro*, note 7 e 8.

ALGUNOS DATOS EMPÍRICOS SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE ESTADOS MENTALES: ¿FRACASO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA O DEL CONCEPTO DE DOLO?

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción

Del principio de responsabilidad subjetiva deriva un doble requisito: que solo es legítimo atribuir responsabilidad penal e imponer una pena a quien actuó con dolo o imprudencia; y que se ha de sancionar con mayor pena la conducta dolosa que la imprudente en la medida en que el dolo representa una forma de vinculación subjetiva con el hecho objetivamente típico más grave que la imprudencia. No es necesario detenerse en la trascendencia de este principio como pilar de un Derecho penal comprometido con la libertad y los valores del Estado de Derecho, pues solo quien actuó con dolo o imprudencia pudo evitar el delito haciéndose merecedor, por ello, de la pena, que, paralelamente, solo podrá cumplir su función de regulación de conductas socialmente dañosas precisamente si el sujeto actuó con dolo o imprudencia.

Sí necesita algo más de reflexión la cuestión atinente a en qué medida este principio tiene y puede tener una suficiente vigencia en la sociedad. Dos son las cuestiones que voy a intentar responder. La primera y principal es en qué medida los seres humanos atribuimos intenciones y estados mentales a nuestros semejantes de forma compatible con la exigencia de dolo o imprudencia. Adelanto que las conclusiones dejan en un mal lugar tanto al principio de responsabilidad subjetiva como a las disquisiciones dogmáticas sobre las distintas clases de dolo; como veremos, de un lado, en la asignación de estados mentales, el

propio estado mental del sujeto es tan solo uno entre otro de los factores que inciden en el proceso, y, probablemente, no es el más relevante; y, de otro, no parece que los ciudadanos seamos capaces de efectuar el tipo de diferenciaciones que requieren ciertas graduaciones de la responsabilidad penal a partir de los distintos niveles –clases– de imputación subjetiva (el dolo y sus clases y la imprudencia). La segunda cuestión que plantearé, y que deriva de la primera, es si esta conclusión debe valorarse como fracaso del principio de responsabilidad subjetiva debido a la incapacidad de los seres humanos de atribuir correctamente dolo e imprudencia, o se debe a un déficit del criterio que se utiliza en la distinción, y al que se refieren los estudios empíricos que fundamentan esta investigación, la representación del nivel de riesgo de producción del resultado. Si esta fuera la conclusión, el remedio sería accesible: bastaría con modificar el criterio de distinción haciéndolo residir, por ejemplo, en el elemento volitivo del dolo.

Con este trabajo deseo contribuir a este merecido homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero, a quien espero interesar con esta otra mirada sobre el dolo.

II. La atribución intuitiva de intenciones y la responsabilidad

El punto de partida de las investigaciones reside en que en la asignación de culpabilidad, la intencionalidad atribuida cumple un papel enormemente relevante¹. Sin embargo, como veremos, en la propia atribución intuitiva de este estado mental se toman en cuenta factores ajenos al propio estado mental.

1. La valoración moral del evento cuenta

Un filósofo experimental, Joshua Knobe, y su grupo, idearon un experimento², con caso escenario, sobre el que se pregunta a un grupo de personas acerca de si el protagonista actuó con intención o no. El supuesto es el siguiente: el vicepresidente de una empresa propone al

¹ Cfr. FINKEL, N. J./GROSCUP, J. L., «When Mistakes Happen: Commonsense Rules of Culpability», *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 3, núm. 1, 1997, pp. 65 ss.101.

² KNOBE, J., «Intentional action and side effects in ordinary language», *Analysis* 63, 2003, pp. 190-194; KNOBE, J., «Intention, intentional action, and moral considerations», *Analysis* 64, 2004, pp. 181-187. Previamente, HARMAN, G., «Practical reasoning», *Review of Metaphysics* núm. 29, 1976, pp. 43 ss.

presidente de la compañía un plan de actividad para la empresa que maximizará los beneficios de la misma, pero que, paralelamente, causará daños al medio ambiente. El presidente se manifiesta a favor de ejecutar el plan afirmando expresamente que le da igual si se producen los efectos dañinos colaterales en el medio ambiente. En el segundo escenario el vicepresidente de la compañía comunica el mismo mensaje al presidente, el plan para maximizar beneficios de la empresa, pero afirma que, junto a los beneficios económicos, esta vez, el plan tendrá un impacto positivo en el medio ambiente. La respuesta del presidente es la misma a favor del plan propuesto, expresando su indiferencia respecto de los efectos colaterales en el medio ambiente.

Pues bien, los resultados de las encuestas fueron los siguientes: en el primer caso, el 82 % de los encuestados sostuvieron que los daños medioambientales se habían causado intencionalmente, mientras que en el segundo caso, cuando se preguntó si las mejoras o beneficios medioambientales eran intencionales para el presidente, solo en torno al 23 % de los preguntados consideró este resultado producido de manera intencional, negándolo el 77 %. Knobe defendió, a partir de ahí, que la atribución de intención depende de la valoración moral intuitiva que tenemos los seres humanos sobre el efecto colateral, sobre el evento mismo.

En 2005 H. J. McCann realizó un experimento similar³, introduciendo variaciones en las preguntas que se realizaban. Se hicieron tres preguntas distintas: ¿dañó intencionadamente el presidente el medio ambiente?; ¿intentó dañar el medio ambiente el presidente?; ¿tuvo intención el presidente de dañar el medio ambiente? El resultado de las encuestas fue que en el primer caso más del 64 % de los sujetos contestaron afirmativamente (el presidente dañó intencionadamente); en el segundo solo en torno al 40 % contestó positivamente (el presidente intentó dañar); y solo en torno al 27 % contestó afirmativamente en el tercer caso (el presidente tuvo la intención de dañar). Estos resultados evidenciarían no solo que la atribución de intención en sentido estricto es menor que el resto de las atribuciones, sino que el juicio moral no tiene la misma incidencia en la asignación de los tres conceptos: intencionadamente; intentar; tener la intención.

A partir de las variaciones en las preguntas de McCann, Knobe repitió el experimento formulando estas mismas tres preguntas, pero

³ McCANN, H. J., «Intentional Action and Intending: Recent empirical Studies», *Psychology*, 18-6, 2006, pp. 737-748. El objetivo principal de este estudio no era analizar la atribución de intenciones en general sino ver la relación entre la intención y la tentativa.

sobre las dos variaciones iniciales de su caso, la producción de efectos colaterales positivos y negativos en el medio ambiente, resultando de nuevo que el nivel de acuerdo sobre si el presidente de la compañía tenía la intención de provocar el resultado o había intentado producir el resultado es mayor cuando la valoración de su acción es moralmente negativa. Es decir, aunque hay variaciones en el sentido hallado por McCann, todas las respuestas en cada modalidad de pregunta reflejan un mayor acuerdo en que el presidente tenía intención de provocar el *daño* medioambiental que respecto de que el presidente tenía la intención de *mejorar* el medio ambiente.

Estos mismos resultados se alcanzaron en otros estudios similares que indagaron sobre otros estados mentales como los deseos o la existencia de la decisión misma⁴. Por ello Knobe concluye en sus investigaciones que la asignación de un estado mental referido a un determinado resultado depende de la valoración moral que asignemos intuitivamente al evento. Y esta conclusión se ha convertido en una tesis ampliamente aceptada y respaldada por otros estudios similares⁵.

Pero no son estos los únicos datos que tenemos sobre los factores que intuitivamente nos afectan a los seres humanos al adscribir intenciones. Veamos.

2. Los deseos y motivos cuentan

En un estudio llevado a cabo por Woolfolk y otros⁶ el caso escenario utilizado es el siguiente. Dos matrimonios viajan en avión rumbo al

⁴ PETIT, D./KNOBE, J., «The Pervasive Impact of Moral Judgment», *Mind & Language*, vol. 24-5, 2009, pp. 586 ss.; KNOBE, J./BUCKWALTER, W., y otros, «Experimental Philosophy», *The Annual Review of Philosophy*, vol. 63, 2012, pp. 81 ss., 83.

⁵ En el mismo sentido por todos, MELE, A. R., «Folk Conceptions of Intentional Action», *Philosophical Issues*, vol. 22, 2012, p. 293. Se ha llegado a resultados similares a los de Knobe en muchos estudios; por todos, CUSHMAN, F./MELE, A., «Intentional Action: two-and-a-half folk concepts?», en KNOBE, J./NICHOLS, S., *Experimental Philosophy*, Oxford University Press, 2008, pp. 171 ss.; NADELHOFFER, T., «Skill, luck, control and folk ascriptions of intentional action», *Philosophical Psychology*, núm. 18, 2005, pp. 343 ss.; NICHOLS, S./ULATOWSKI, J., «Intuitions and individual differences: The Knobe effect revisited», *Mind and Language*, núm. 22, 2007, pp. 346 ss. El resultado de los estudios es el mismo cambiando los escenarios (CUSHMAN, F./MELE, A., op. ult. cit.; NADELHOFFER, T., op. cit.), e incluso en diferentes culturas (KNOBE, J./BURRA, A., *Intention and intentional action: a cross-cultural study*, *Journal of Culture and Cognition*, núm. 6, 2006, pp. 113 ss.). Aunque sobre este último punto parece haber discrepancia, cfr. LEVISON, J., «Mentally Misguided: How State of Mind Inquiries Ignore Psychological Reality and Overlook Cultural Differences», *Howard Law Journal*, vol. 49-1, 2005, p. 24.

⁶ WOOLFOLK, R. L./DORIS, J. M./DARLEY, J. M., «Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility», en *Cognition*, vol. 100, 2006,

Caribe a pasar unas vacaciones; el marido de la primera pareja –Frank– había tenido una relación sentimental con la esposa de la segunda pareja –Susan–, relación que había sido descubierta por el marido de Susan –Bill–, quien a partir de ahí desea matar a Frank y, tras reflexionar, toma la decisión de hacerlo. Durante el vuelo el avión es secuestrado y redirigido a Bermudas donde aterriza. Los secuestradores ordenan a Bill matar a Frank bajo la amenaza de matarle a él y a diez pasajeros más si no obedece, de modo que Bill mata a Frank. El caso se presenta con variaciones de tal manera que en la segunda el marido ya no desea matar al amante, desiste de su decisión, porque lo ha perdonado. La comparación de resultados evidencia que se atribuye mayor responsabilidad por el evento a Bill en el primer caso que en el segundo; es decir, se atribuye mayor responsabilidad al marido respecto de la muerte del amante de su mujer a partir de la existencia del deseo firme de matarlo y menos responsabilidad en el segundo caso.

En otro estudio realizado por Alicke⁷ se evidencia que no solo los deseos tienen relevancia en los juicios de atribución de responsabilidad moral, sino que también los motivos cuentan. El caso utilizado en este estudio es el siguiente: un sujeto conduciendo a más velocidad de la permitida produce un accidente en el que el otro conductor resulta con varias heridas; en la primera variante, la razón por la que conduce a más velocidad de la permitida reside en ir a su casa para esconder la droga que había dejado en ella; en el segundo caso la razón estriba en esconder un regalo de aniversario para sus padres. En el experimento se preguntaba cuál era la causa principal del accidente, intentando averiguar en qué caso se atribuía una mayor vinculación entre el accidente y el resultado dañoso y el sujeto. Los resultados del estudio mostraron la asignación de mayor responsabilidad en el primer caso que en el segundo. Es decir, que se atribuye mayor vinculación del sujeto con el evento cuando los motivos de su actuación se valoran negativamente.

n. 2, pp. 283 ss., 299. Los resultados son independientes del «error de atribución» detectado en múltiples experimentos referidos a personas que actúan bajo variados tipos de coacción o compulsión externa y en los que los encuestados atribuyen responsabilidad y agencia por la acción. Sobre ello, cfr. Darley, J. M./Cooper, J. (Eds.), *Attribution and social interaction: The legacy of Edward E. Jones*. Washington, DC, 1998, American Psychological Association.

⁷ ALICKE, M. D., «Culpable causation», *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 63, 1992, pp. 367 ss., 369.

3. *Primeras valoraciones*

Estos estudios demuestran que, aunque a la hora de asignar responsabilidad por los eventos, los seres humanos tomamos en consideración elementos de carácter subjetivo y personal, los estados mentales –intención, deseos y motivos–, sin embargo, estos elementos no reflejan en modo alguno los parámetros subjetivos requeridos por el principio de responsabilidad subjetiva.

Empezando por lo último, tomar en cuenta motivos y deseos en la atribución de responsabilidad moral parece suponer que ésta se rige por parámetros subjetivos relativamente similares a los que fundamentan la responsabilidad penal, pues, ciertamente, la intención, el deseo, o los motivos son elementos que en algún momento se toman en consideración de cara a la imposición de la pena⁸. Sin embargo, esta primera conclusión es engañosa. En realidad, a los efectos de la responsabilidad penal, ninguna relevancia debe tener los deseos si estos no han tenido ninguna incidencia en la configuración del hecho, pues el respeto al principio de responsabilidad por el hecho lo impide. En efecto, en el primer caso de los estudios de Woolfolk, los deseos de matar al amante no han tenido ninguna repercusión ni en la toma de decisión de la ejecución en ese momento de la acción, que ha sido externamente coaccionada, ni en la forma de configurar el hecho: el deseo y la decisión previa de matar no han constituido el motivo primordial de la ejecución de la acción de matar en el momento y circunstancias concretas en que esta se produce. A una conclusión distinta se llegaría si se evidenciara que, llevado por su deseo de matar al amante, Bill anticipara el momento de la ejecución o la llevara a cabo de una forma que produjera, por ejemplo, un dolor mayor, inhumano e innecesario a la víctima. En estos casos, el hecho podría tener una vinculación personal con su autor y la responsabilidad penal podría ser mayor, pero no debido a los deseos o intenciones de su autor, sino a que la configuración objetiva del hecho revela un mayor desvalor objetivo y una desviación respecto de lo necesario para ejecutar lo coaccionado –en ninguno de los casos se estaría rigiendo por la coacción–, por lo que el hecho es atribuible a su decisión y deseo en mayor medida que a la coacción de los terroristas.

⁸ No voy a entrar en el debate, solo dejaré constancia de la existencia de agravantes basadas en los motivos en los Códigos penales y de que la intención de cometer un hecho delictivo forma parte de los elementos del dolo para un sector amplio de la doctrina.

En el escenario del accidente del estudio de Alicke, tampoco los motivos, en principio, tendrían ninguna relevancia jurídico-penal ni siquiera de cara a la exculpación, pues en la ponderación efectuada por el legislador penal dicha clase de motivos carecen de peso suficiente en la comparación con los eventuales efectos negativos que una conducción a mayor velocidad que la permitida puede ocasionar. Y esto tanto si los motivos son valorados positivamente como negativamente. Solo si el exceso de velocidad se debiera a un intento de salvaguardar un bien que, desde la perspectiva del Derecho penal, se considera de mayor o igual relevancia que el daño previsible, solo entonces, el motivo podría tener relevancia de cara a la apreciación de una causa de justificación, estado de necesidad. Así que, motivos y deseos de cualquier tipo, en realidad, no siempre se tienen en cuenta a los efectos de la asignación de una mayor pena y responsabilidad penal.

Pero es que, además, estos estudios demuestran que cuando se construye el caso-escenario de modo que es el encuestado quien tiene que responder sobre la asignación de intención y esta no se afirma como elemento de la descripción del caso, entonces aparece como factor relevante de la misma la valoración moral del evento mismo. Es decir, que, aunque pudiéramos establecer una correlación entre la asignación de responsabilidad y los elementos subjetivos –como los deseos, motivos e intenciones–, sin embargo, esta correlación en realidad no tiene por qué significar que los estados mentales reales del sujeto tengan un peso notable en la imputación de responsabilidad, pues como los estudios de Knobe evidencian, la atribución de la intención, deseo o decisión de acción dependen de la valoración moral del evento en sí y no del estado mental real del sujeto.

III. Algunas aportaciones de la Neurociencia sobre la atribución de intención y responsabilidad

1. *La capacidad del ser humano de inferir estados mentales en otros*

Estas primeras conclusiones conducen a indagar por las razones o causas de esta situación. La primera razón podría consistir en que el ser humano carece de capacidad para efectuar esta clase de atribución precisa de estados mentales. Sin embargo, los estudios refutan esta carencia. En efecto, los seres humanos adquirimos la capacidad de asignar

estados mentales a otros seres humanos –intenciones y conocimientos–, en nuestro desarrollo neuronal. Así, se habría evidenciado que la capacidad de representarse las distintas finalidades de un agente se adquiere por el ser humano en torno a los diez-doce meses de vida⁹; que a los dos años, se desarrolla el concepto de deseo, y los niños reconocen que las personas pueden tener distintos deseos de los suyos¹⁰ y son capaces de inferirlos de acciones incompletas o intentadas¹¹; que en torno a los 5 años somos capaces de formular predicciones del comportamiento de terceros a partir de las inferencias sobre la concurrencia de creencias e intenciones de otras personas¹². Es decir, que en torno a los cinco años los seres humanos ya tenemos desarrollada de forma completa esta habilidad o capacidad cognitiva de inferir estados mentales de otras personas (intenciones, pensamientos, deseos, etc.) incluida la presencia o ausencia del conocimiento en otros¹³. Ello, no obstante, la recalificación, o integración conforme a la experiencia, de las valoraciones previas sobre los eventos requeriría una mayor maduración o esfuerzo cognitivo que no estaría disponible hasta los siete años¹⁴ y sería también en torno a esta edad –seis o siete años– cuando los niños son capaces de diferenciar creencias e intenciones¹⁵. Así que, entonces, no es esta la razón. En realidad, de acuerdo con los estudios científicos, nuestro cerebro funciona como *acusador intuitivo* buscando evidencias del estado mental de los demás, y ello se realiza

⁹ CSIBRA, G., «Teleological and referential understanding of action in infancy», *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 358, núm. 1431, 2003, pp. 447 ss., 455.

¹⁰ REPACHOLI, B. M./GOPNIK, A., «Early reasoning about desires: Evidence from 14 and 18-month-olds», *Developmental Psychology*, núm. 33, 1997, pp. 12-21.

¹¹ MELTZOFF, A. N., «Understanding the intentions of others: Re-enactment of intended acts by 18-month-old children», *Developmental Psychology*, núm. 31, 1995, pp. 838-850. MALLE, F./GUGLIELMO, S./MONROE, A. E., «Moral, Cognitive and Social: The nature of blame», FORGAS, J. et al., *Social Thinking and interpersonal behaviour*, Psychology Press, 2011. p. 317.

¹² SAXE, R. «The new puzzle of Theory of Mind Development», en Banaji, M. R./Gelman, S. A. (eds.), *Navigating the social world: what infants, children, and other species can teach us*, Oxford University Press, 2013, pp. 107 ss.

¹³ DIAS DE MATOS, T./CARDOSO, R. C., «A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada», *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 946 ss., 950-1.

¹⁴ KLIEMANN, D. y otros, «The influence of prior record on moral judgment», *Neuropsychologia*, vol. 46 2008, pp. 2949 ss. Se refieren a la revisión de la primera o intuitiva predicción del comportamiento conforme a la asignación de intenciones, esta revisión conforme a nuevos conocimientos, nuevas experiencias, como la propia comprobación de si la predicción se cumple en la realidad o no, es un razonamiento más complejo que requiere una mayor maduración cerebral.

¹⁵ ASTINGTON, J. W., «The paradox of intention: Assessing children's metarepresentational understanding», en Malle, B. F./Moses, L. J./Baldwin, D. A. (eds.), *Intentions and intentionality: Foundations of social cognition*, 2001, The MIT Press, pp. 85-103; BAIRD, J. A./MOSES, L. J., «Do preschoolers appreciate that identical actions may be motivated by different intentions?», *Journal of Cognition & Development*, núm. 2, 2001, pp. 413-448.

con dos objetivos, como instrumento para evaluar moralmente el evento –de modo que si se juzga el evento como accidental la valoración moral es menos negativa que si se juzga el evento como cometido de manera intencional–¹⁶, y como vía de formulación de predicciones del comportamiento de los demás.

2. Sistema emocional y valoración moral

Ahora bien, los estudios neurocientíficos han puesto de relieve, también, que los seres humanos tendemos a reaccionar de manera emocional a la hora de adscribir responsabilidad moral. Los estudios con resonancia magnética funcional muestran que en el proceso de asignación de responsabilidad por los actos de otros se produce la activación o la mayor activación de ciertas zonas del cerebro cuyo funcionamiento se correlaciona con o es el responsable de las emociones, el sistema límbico¹⁷. Diferencias individuales en la disposición para procesar de manera más racional o emocional pueden explicar las diferentes respuestas que dan los sujetos a ciertos dilemas morales clásicos. Así, un patrón de activación más cognitivo-racional parece relacionarse con la ética utilitarista y una mayor activación del córtex prefrontal¹⁸. Este patrón explicaría la atribución de penas más moderadas respecto de las conductas imprudentes, pero otros patrones afectivo-emocionales explicarían la tendencia a asignar una mayor pena en estas conductas al reaccionar automáticamente –emocionalmente– ante los resultados¹⁹. La relevancia del sistema límbico en el desempeño de las funciones cognitivas ha sido confirmada por múltiples estudios neurocientíficos. Todos ellos revelan que la imagen de un procesamiento racional, en tanto que ajeno a las emociones, es incorrecta. Así, por ejemplo, G. Roth en

¹⁶ SCHOLZ, J./SAXE, R./YOUNG, L., «Neural evidence for “intuitive prosecution”: the use of mental state information in negative verdict», *Social Neuroscience*, vol. 6-3, 2011, pp. 302-315.

¹⁷ GREENE, J. D. y otros, «An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment», en *Science*, 2001, pp. 2105-2108.

¹⁸ GREENE, J. D. y otros, «The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment», *Neuron*, vol. 44, 2004, pp. 389-400.

¹⁹ GREENE, E./JOHNS/M./BOWMAN, J., «The effects of defendant conduct on jury damage awards», *Law and Human Behavior*, núm. 23 1999, pp. 675-693; y GREENE, E./JOHNS, M./SMITH, A. «The effects of defendant conduct on jury damage awards», *Journal of Applied Psychology*, vol. 86-2, 2001, pp. 228-237. También, YOUNG, L./SAXE, R., «Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity», *Neuropsychologia*, vol. 47, núm. 10, 2009. p. 2070.

sus investigaciones sobre el sistema límbico, llega a la conclusión de que los procesos cognitivos de toma de decisiones se llevan a cabo mediante la continua interacción entre el sistema límbico o emocional, que trabaja sin que tengamos consciencia de ello, y la corteza cerebral, centro de la actividad cognitiva consciente²⁰. Es más, sostiene que, aunque el circuito neuronal de la toma de decisiones implica innumerables idas y venidas desde el sistema límbico a la corteza cerebral y viceversa, el sistema límbico tendría la primera y la última palabra en todo el proceso, es decir, parece asignarle una función especialmente relevante²¹.

3. Valoración intuitiva inicial y revaloración posterior

Pero los estudios neurocientíficos también nos aportan otros datos significativos. De un lado, se ha constatado que también se produce actividad neuronal *a posteriori*, esto es, una vez realizado el juicio moral sobre las acciones, interpretándose esta actividad en el sentido de que, en realidad, los seres humanos hacemos juicios intuitivos, una valoración previa de las acciones, que luego justificamos *a posteriori*, es decir, racionalizamos buscando explicaciones²². De otro lado, estos estudios nos revelan además que, al atribuir intenciones, se activa cierta zona del cerebro, el lóbulo temporal-parietal, lo que significa que se produce una respuesta inicial que no depende de la valoración moral de la creencia o intención; pero, posteriormente, se completa la valoración en atención a la valoración positiva o negativa del resultado, produciéndose una mayor activación de otras áreas cerebrales²³. De conformidad con estos es-

²⁰ ROTH, G., *Fühlen, Denken, Handeln, Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am Main, 2001, p. 553; el mismo, «Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung», en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für E.-J. Lampe zum 70. Geburtstag*, D&H, 2003, pp. 43 ss., 53.

²¹ MERKEL, GR./ROTH, G., «Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», en GRÜN, K.-J./FRIEDMAN, M./ROTH, G., *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, V&R, Göttingen, 2008, p. 62. Crítica la interpretación que se ha hecho de estos estudios en el sentido del dominio de la actividad no consciente, PÉREZ MANZANO, M., «El tiempo de la consciencia», *Doxa*, 2012, pp. 470 ss., 487.

²² HAIDT, J., «The new synthesis in moral psychology», *Science*, vol. 316, 2007, pp. 998; CUSHMAN, F./YOUNG, L./HAUSER, M., «The role of conscious reasoning and intuition in moral judgment: Testing three principles of harm», *Psychological Science*, vol. 17, núm. 12, 2006, pp. 1082-1089; KLIEMANN, D. y otros, *Neuropsychologie*, vol. 46, 2008, p. 2956.

²³ YOUNG, L. y otros, «The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment», en *PNAS*, vol. 104, núm. 20, 2007, p. 8239.

tudios, el razonamiento moral parece ser el fruto de dos distintos procesos que a veces compiten entre sí, uno conforme al cual se asigna mayor responsabilidad al sujeto en función de la gravedad y valoración del resultado dañoso que causa y otro en el que la asignación se realiza en función de la representación misma de las creencias e intenciones²⁴.

4. *Recapitulación*

De acuerdo con todo lo expuesto, parece que, si bien los seres humanos tenemos la capacidad o habilidad de adscribir estados mentales, intenciones o conocimientos a otros seres humanos, sin embargo, en dicho proceso intervienen los circuitos neuronales encargados de las emociones y nuestros juicios son relativamente intuitivos, de manera que tendemos a justificar o racionalizar a posteriori la valoración previa realizada. De otra parte, los estudios evidencian que en la asignación de responsabilidad pugnan dos procesos que a veces conducirían a consecuencias distintas, pues, de un lado, tendemos a atribuir mayor responsabilidad en atención a la entidad o valoración del resultado producido y, de otro, tomamos en consideración si este resultado se vincula con un estado mental determinado –la intención, la voluntad, el deseo, o finalmente, en función de los motivos para actuar–. La cuestión que resta por dilucidar es, entonces, qué peso tiene cada uno de ellos en la asignación de responsabilidad, en concreto, qué peso tiene la atribución misma de intenciones en la atribución de responsabilidad. Pues si los estudios de Knobe son correctos, aunque en la atribución de responsabilidad incida la atribución inicial de intenciones u otros estados mentales, como la atribución misma de éstas depende de la valoración moral del evento, entonces, la atribución de intenciones o estados mentales carecería de autonomía como factor relevante de carácter subjetivo en la atribución de responsabilidad. Conclusión esta, que, como ya anticipábamos, no deja en buen lugar la vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva.

²⁴ *Ibidem* nota anterior.

IV. ¿Somos capaces de diferenciar los distintos estados mentales de otros? Los estudios empíricos sobre las clases de *mens rea* en el MPC

1. Los cuatro estados mentales del Model Penal Code y sus definiciones

Esta incómoda situación del principio de responsabilidad subjetiva resulta avalada por otros estudios empíricos realizados en el ámbito angloamericano sobre las dificultades que tiene el ciudadano medio para distinguir los distintos estados mentales recogidos en el Código penal tipo de EEUU²⁵. Como es sabido, el MPC distingue cuatro estados mentales²⁶: actuar *purposely*, *knowingly*, *recklessly* y *negligently*, es decir, actuar intencionadamente, con conocimiento, con manifiesto desprecio hacia el riesgo o imprudentemente. Conforme a las definiciones del Código penal tipo²⁷, actúa intencionadamente en relación con un resultado quien tiene el deseo consciente de producir el resultado; actúa con conocimiento quien es consciente de que a consecuencia de su conducta la producción del resultado es prácticamente segura; actúa *recklessly* quien desatiende de manera consciente un riesgo sustancial e injustificable de producir el resultado, de modo que el riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que su desprecio hacia él implica una desviación manifiesta del estándar de conducta que una persona *respectuosa* con el Derecho hubiera observado en la situación del autor²⁸; y, finalmente, actúa imprudentemente quien crea inconscientemente un riesgo sus-

²⁵ Model Penal Code, en adelante MPC. A este estudio no podrá oponerse que este problema afecta solo al ciudadano medio, a los jurados, y no a los tribunales profesionales, pues otros estudios empíricos han demostrado que los jueces profesionales incurrir en los mismos sesgos y déficits de razonamiento en el enjuiciamiento de los delitos (cfr. por todos, BEATTEY, R. A./FONDACARO, M. R., «The misjudgment of criminal responsibility», 2018, *Behavioral Science Law* núm. 36, 2018, p. 460) y que en la atribución de estados mentales también se ven influenciados por la valoración moral del evento y por la gravedad del resultado (KNEER, M./BOURGEOIS-GIRONDE, S., «Mens rea ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed», en *Cognition* núm. 169, 2017, pp. 139-146).

²⁶ Sección 2.02 «Model Penal Code», American Law Institute, 1985.

²⁷ Cfr. Pár. 2.a), b), c) y d) de la sección 2.02 del MPC.

²⁸ La determinación de esta clase de estado mental no se decide en atención solo al índice de probabilidades o al riesgo generado, pues, según la doctrina, es posible calificar de *recklessly* la conducta incluso aunque las probabilidades de producir el resultado sean menores del cincuenta por ciento, pues el Código penal tipo habla de riesgo injustificado. De modo que, por ejemplo, disparar una pistola con una sola bala en el cargador se podría calificar de actuación *recklessly* pues el riesgo generado es sustancial e injustificado, aunque solo sea del diecisiete por ciento. En todo caso además del tipo de riesgo generado es necesario que el sujeto sea consciente, se represente correctamente el riesgo. Cfr. CHIESA, L., «Mens Rea in comparative Perspective», *Marquette Law Review* 102 (2), 2018, pp. 575 ss., p. 577, 580.

tancial e injustificable del que debería haber sido consciente, de modo que el riesgo creado es de tal naturaleza y grado que no haberlo percibido supone una desviación manifiesta del estándar de cuidado que hubiera observado una persona *razonable* en la situación del autor²⁹. Se ha sostenido que este modelo permite una graduación más adecuada de la responsabilidad penal que el modelo continental que solo contempla dos modalidades, dolo e imprudencia³⁰, y que hace de la responsabilidad imprudente un título de imputación excepcional. La corrección de esta afirmación depende de la validez de un doble presupuesto: que las definiciones contenidas en el MPC permitan establecer nítidas y justificadas diferencias; que los juzgadores, en este caso los jurados, sean capaces de identificar con claridad las distintas situaciones que pueden dar lugar a los cuatro estados mentales. En lo que sigue me ocuparé de la segunda cuestión, dejando para más adelante una valoración de la primera.

2. Los estudios realizados

Desde los años noventa del pasado siglo se han venido realizando en EEUU distintos estudios que concluyen que el ciudadano medio no es capaz de diferenciar entre las categorías intermedias de los estados mentales, esto es, entre actuar con conocimiento, con manifiesto desprecio del riesgo e, incluso, con imprudencia, a pesar de que sí se comparte, en general, la jerarquizada asignación de responsabilidad y pena del MPC³¹. En efecto, los primeros estudios³² concluyeron que los encuestados solo distinguían de forma clara las categorías extremas, es decir, el comportamiento intencionado de la actuación negligente, pero no conseguían diferenciar con claridad entre los estados intermedios, pero tampoco entre los estados mentales colindantes: no se distinguía el comportamiento intencionado del realizado con conocimiento,

²⁹ Para entender el sistema ha de tenerse en cuenta que la imprudencia se sanciona excepcionalmente y que cuando la disposición penal no menciona ningún estado mental requerido para la comisión del delito, se establece como culpabilidad por defecto, el actuar *recklessly*.

³⁰ Cfr. CHIESA, L., *op. cit.* p. 578. Sostiene que «distinciones bipartitas como esta entre el dolo y la culpa fracasan en capturar las muchas formas en las que el reproche mismo se manifiesta en nuestro imaginario moralmente rico». Cfr. También pp. 585 ss.

³¹ Sobre esto último, LEVISON, J., *Howard Law Journal*, vol. 49-1, 2005, pp. 19 ss., si bien no se evidencia claramente la jerarquía entre actuar con conocimiento y con *recklessness*.

³² SEVERANCE, J./GODMAN, J./LOFTUS, E. F., «Inferring the Criminal Mind: Toward a Bridge Between Legal Doctrine and Psychological Understanding», *Journal of Criminal Justice* vol. 20 1992, pp. 107 ss., 111, 115.

ni la actuación con conocimiento de la realizada con *recklessness*, ni el actuar imprudente del realizado con *recklessness*; pero también concluyeron la imposibilidad de distinguir la actuación intencionada de la actuación con *recklessness*, a pesar de no ser categorías contiguas. Las conclusiones de estos estudios se han avalado por otros que se han ido repitiendo a lo largo del tiempo³³. De los estudios que confirman el inicial, me voy a referir solo a tres de ellos debido a su singular interés.

El primero de los estudios al que me voy a referir es el realizado por Shen y su equipo en 2011 que fue replicado con alguna variación en 2014³⁴. En ambos se llega a conclusiones similares: el ciudadano medio puede diferenciar estados mentales, pero no las precisas distinciones que incorpora el MPC, pues los sujetos del experimento no alcanzaron una asignación de pena correcta en los estados mentales intermedios, según la jerarquización del MPC, en concreto, respecto del conocimiento y el manifiesto desprecio hacia el riesgo. El primer estudio concluyó que, frente al 78% que identificaban correctamente los escenarios del actuar intencional o de propósito, solo el 50% identificaba correctamente actuar con conocimiento, un 40% actuar con *reckless* y un 48% la actuación imprudente. En el estudio se afirma que, aunque las razones de esta incorrecta atribución de pena pueden ser varias, una de ellas es la imposibilidad de diferenciar los precisos distintos estados mentales, las categorías intermedias contiguas, especialmente entre actuar con co-

³³ Por ejemplo, entre los más recientes, cfr. BEATTY, R. A./FONDACARO, M. R., *Beh. Sc. L.*, núm. 36, 2018, pp. 457 ss. A veces se cita el estudio de P. ROBINSON Y J. M. DARLEY, *Justice, Liability and Blame*, Wetview Press, 1995, p. 87, como uno que llega a resultados diferentes, pues los encuestados asignaban responsabilidad y pena de manera similar a la gradación del MPC. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que en este estudio no se da un caso que tiene que calificar desde la perspectiva subjetiva los encuestados, sino que en los casos se afirma la concurrencia de uno de los cuatro estados mentales del MPC, de manera que solo se les pregunta por la pena que merecen (*op. cit.* p. 86).

³⁴ SHEN, F. X./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./GREENE, J. D./MAROIS, R., «Sorting Guilty Minds», en *New York University Law Review*, núm. 86, 2011, pp. 1306 ss.; GINTHER, M. R./SHEN, F. X./BONNIE, R. J./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./MAROIS, R./SIMONS, K. W., «The language of *Mens Rea*», *Vanderbilt Law Review* núm. 67, 2014, pp. 1327 ss. El mismo grupo realizó un tercer estudio en 2018 (GINTHER, M. R./SHEN, F. X./BONNIE, R. J./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./SIMONS, K. W., «Decoding guilty minds: How jurors attribute knowledge and guilt», *Vanderbilt Law Review*, núm. 71, 2018, pp. 241-283), que se refiere a los estados mentales en relación con circunstancias o elementos concretos exigidos por los delitos. En este estudio si bien se concluye que los ciudadanos tenemos capacidad para diferenciar de la forma jerarquizada que exige el MPC los estados mentales, en particular, entre conocimiento y manifiesto desprecio hacia el riesgo de que se dé el concreto elemento o circunstancia, sin embargo, hay una amplia tendencia a admitir como suficiente la actuación con manifiesto desprecio del riesgo en casos en los que la ley requiere conocimiento. Se dejan abiertas las razones de esta conclusión, aunque probablemente se debe a que los ciudadanos consideran que el tipo de estado mental suficiente para la intervención penal en estos casos debería ser la *recklessness* y no el conocimiento.

nocimiento y actuar con manifiesto desprecio del riesgo³⁵. En las conclusiones del estudio se dejó abierta la posibilidad de que modificando la formulación de las preguntas se pudiera llegar a una atribución más correcta de estos estados mentales intermedios, siendo este el objeto del segundo estudio. Para identificar el conocimiento, la *recklessness* y la imprudencia, en el estudio original se utilizaron los términos del MPC (práctica seguridad; riesgo substancial e injustificado, no percibir un riesgo...) y además se mencionaron tanto los estados mentales en relación con el resultado como respecto de las circunstancias existentes, como hace el MPC³⁶. En la nueva versión se eliminaron las referencias al carácter injustificado del riesgo en la *recklessness* y en la imprudencia y la mención a las circunstancias existentes, de modo que la investigación se centró así solo en el estado mental que se conecta con el resultado partiéndose de una diferenciación puramente cuantitativa del riesgo³⁷. La conclusión obtenida en este estudio residió en que la identificación de las tres categorías intermedias de estados mentales mejoraba, pues aumentaba el porcentaje de personas que asignaban correctamente la pena conforme al modelo jerarquizado del MPC. Sin embargo, como se expone gráficamente en el cuadro, no se observa una mejora significativa global en la asignación de responsabilidad y pena, pues los datos siguen arrojando resultados muy preocupantes: las tasas de acierto en las tres categorías intermedias son bajas, o no son lo suficientemente altas como requerirían los principios aplicables al proceso penal, y las *ratios* de incorrecta asignación de pena ubicando los casos en las categorías colindantes son significativas³⁸.

	Intención	Conocimiento	Reckless	Imprudencia
Sujeto que elige propósito.	81% 78%	7%	6%	2%
Sujeto que elige conocimiento.	10%	53% 50%	36%	7%

³⁵ SHEN, F. X., y otros, en *New. Y. U. L. Rev.* núm. 86, 2011, pp. 1042 ss. Aunque los estudios muestran la incorrecta asignación de pena a los estados mentales intermedios, también evidencian que se asigna la misma pena al conocimiento y la *recklessness* habiéndolos identificado correctamente (p. 1348).

³⁶ SHEN, F. X., y otros, en *New. Y. U. L. Rev.* núm. 86, 2011, pp. 1345 ss., también 1353.

³⁷ GINTHER, M. R. y otros, *Vand. L. Rev.* núm. 67, 2014, pp. 1339-1342.

³⁸ GINTHER, M. R. y otros, *Vand. L. Rev.* núm. 67, 2014, pp. 1352 ss., 1360. En la diagonal aparecen los casos de correcta asignación. En verde oscuro aparecen los datos del segundo estudio, en verde claro los del primer estudio. Y en rojo he resaltado los casos de desacierto elevado de las categorías colindantes.

	Intención	Conocimiento	Reckless	Imprudencia
Sujeto que elije <i>Recklessness</i> .	5%	27%	47% 40%	18%
Sujeto que elije Imprudencia.	4%	9%	10%	63% 48%

El segundo estudio que quiero exponer es el realizado en 2012 por P. Muller, L. M. Solan & J. M. Darley³⁹; estudio que, a pesar de tener por objeto la responsabilidad civil y no la penal, resulta enormemente ilustrativo. En el estudio se parte de un caso en el que un trabajador se electrocuta cuando realizaba unos trabajos de reparación, preguntándose sobre el estado mental del empleador. El estudio evidenció la incapacidad de asignar correctamente los estados mentales conocimiento, *recklessness* e imprudencia y que la electrocución del empleado se atribuía a título de intención a pesar de que técnicamente solo podría atribuirse a título de *recklessness*. Es más, al efectuarse variaciones del caso introduciendo datos precisos sobre los porcentajes de riesgo de electrocución del operario (3, 20, 50, 80, 97, 100 %), los resultados evidenciaron que incluso con probabilidades escasas de que el resultado se produjera, de un 3%, un 35% de los encuestados sostenían que el empleador había actuado intencionalmente⁴⁰. Es decir, que, en la misma línea ya expuesta en los epígrafes previos, la atribución de intencionalidad, del mayor grado de responsabilidad subjetiva, no depende del grado de riesgo percibido por el autor, pues, probablemente, el resultado –la propia electrocución del operario– se valora como un factor especialmente relevante. O, dicho de otro modo, el ciudadano medio no cree que deba sancionarse con menor pena la causación de un evento por el hecho de que la representación del riesgo de producción del resultado sea menor, incluso tan baja como la que refleja la percepción de un porcentaje del tres por ciento. Seguramente ello se debe, como concluyen los estudios de Knobe, a que los encuestados valoraron muy negativamente el resultado producido, la electrocución de una persona durante el desempeño de su trabajo, de manera que en la atribución de responsabilidad le asignaron un peso mayor a esta circunstancia que al estado mental mismo. La valoración moral negativa del resultado tuvo el efecto, al menos, de anclar al alza la atribución de responsabilidad penal. Esta es la

³⁹ «When Does Knowledge Become Intent?: Perceiving the Minds of Wrongdoers», *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9-4, 2012, pp. 859 ss., 871, 875 ss.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 881.

conclusión general a la que llegan los autores del estudio: la atribución de intenciones depende más de un juicio global de culpabilidad que de frías y explícitas categorizaciones del estado mental del autor; en concreto, la distinción entre grados de riesgo y conocimiento tiene poca incidencia en la asignación de responsabilidad⁴¹.

Por último, me referiré a los resultados del estudio de Beatty y Fondacaro⁴², quienes confirmaron otros estudios previos que concluían que uno de los errores en la asignación de estados mentales más habitual es la atribución de un estado mental más grave que el real. En este estudio se parte de los estudios de Shen y su grupo, pero a los encuestados se les pide que respondan si la acusación habría probado que el sujeto actuó con intención, cuando en los escenarios se describían casos de conocimiento, *recklessness* e imprudencia, habiéndoseles presentado a los encuestados las definiciones del MPC y las instrucciones habituales. Pues bien, los resultados fueron que en el 66.4% de los casos se atribuyó intención erróneamente, apareciendo porcentajes de error menores cuanto más se alejaba el caso de la intención y cuanto menos grave era el resultado que se producía. Así, el porcentaje más bajo de asignación errónea de intención se dio en un caso de negligencia y causación de daños leves (23% de errores) y el porcentaje más elevado de asignación errónea de intención se dio en un caso de *recklessness* con un resultado muy grave (90,4% de errores). De media (sin tomar en consideración el grado de riesgo) en un 35% de las respuestas de los casos que representaban imprudencia y en un 75% de los casos que representaban *recklessness* se atribuyó erróneamente intención. La conclusión que extrajeron los autores del estudio es la escasa fiabilidad y validez de los requisitos relativos a los estados mentales del MCP, pues siempre se atribuye mayor responsabilidad que la técnicamente correcta y esta aumenta gradualmente en atención a la gravedad del resultado⁴³.

3. ¿No habremos errado en la identificación del criterio de distinción entre los estados mentales intermedios?

Este bloque de estudios, cuyos resultados acabo de exponer, coinciden en concluir las dificultades del ciudadano medio a la hora de asignar una pena mayor o menor en atención a las concretas distinciones

⁴¹ *Op. cit.* p. 889.

⁴² BEATTY, R. A., y otro, *Beh. Sc. L.*, núm. 36, 2018, pp. 457 ss.

⁴³ *Op. cit.* p. 466.

entre estados mentales del sujeto juzgado de acuerdo con los estándares técnicos del MPC. Estas dificultades se relacionan con las dificultades de efectuar las precisas diferenciaciones que el Código penal tipo establece entre los distintos estados mentales. Pero más allá de indicar que la incorporación en las preguntas de los elementos valorativos utilizados por las definiciones del MCP para adjetivar la clase de riesgo o representación necesaria dificulta la correcta identificación del estado mental, los estudios solo señalan que la forma en que se definan los estados mentales y se presenten estos a los ciudadanos influye en la correcta identificación de los estados mentales, por eso afirman la necesidad de revisar las instrucciones dadas a los jurados en esta materia. No me cabe ninguna duda de que estas conclusiones son acertadas, pero quizás se puede llegar más lejos en las conclusiones, si conectamos los resultados de estos estudios con las conclusiones expuestas en la primera parte de este trabajo: en la atribución de responsabilidad y pena los seres humanos tomamos en consideración el propio resultado causado y no solo la forma en la que el sujeto se conecta psíquicamente con él. De hecho, los estudios evidencian también una tendencia a punir más gravemente que lo que se corresponde con los estados mentales y a considerar suficiente para la intervención penal estados mentales menos graves que los requeridos por las concretas figuras delictivas.

Pero dejando de lado este tema, la cuestión que emerge de los resultados de estos estudios es en qué sentido se deben revisar dichas instrucciones a los jurados y si solo se deben modificar éstas, pues puede suceder que las dificultades en la identificación de los estados mentales no deriven solo de la forma en que se formulan las instrucciones o preguntas sobre ellas al jurado sino que puede tratarse de un déficit intrínseco a las propias definiciones de los estados mentales, o del criterio que subyace a las mismas: la representación del riesgo. Si este fuera el caso, sería necesaria una revisión a fondo de las instrucciones a los jurados y no solo una reformulación de la forma en que se expresa la definición⁴⁴.

Hace ya tiempo que, en España, Fernando Molina puso de relieve las dificultades para distinguir el dolo y la imprudencia debido a su carácter gradual⁴⁵, proponiendo un sistema de marcos de penas graduales

⁴⁴ Si bien al eliminar el carácter injustificado del riesgo se pretendió eliminar un elemento valorativo impreciso sujeto a múltiples interpretaciones, la cuestión es si con dicha eliminación no se está modificando sustancialmente la clase de estado mental por la que se pregunta.

⁴⁵ MOLINA, F., «La cuadratura del dolo. Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en BAJO y otros, *Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, 2005 pp. 691 ss., 738.

solapados, es decir, un campo de sanción que pudiera ser aplicable tanto a casos límites de dolo como a casos límite de imprudencia consciente. Siempre pensé que si bien la propuesta podía contribuir en cierta medida a mejorar la aplicación práctica, tenía la pega de que no funcionaría bien en un sistema de *numerus clausus* de tipificación de la imprudencia, pues en este modelo para establecer un marco solapado de pena hay que tomar primero la decisión de sancionar penalmente la modalidad imprudente del delito y, dado que es muy excepcional la tipificación de modalidades delictivas imprudentes, el modelo solo funcionaría si aumentamos el número de delitos tipificados en su modalidad imprudente. Es decir, que es un modelo que para ser operativo acaba ocasionando una inflación de infracciones imprudentes en el Código penal, cuando la tendencia político-criminal debe ser la contraria. Y si no la produjera, sería inoperante, pues no se pueden solapar marcos inexistentes. En todo caso, este sistema de marcos solapados podría funcionar en los delitos contra la vida y la integridad física, respecto de los cuales sí se sancionan ambas modalidades delictivas.

Con todo, lo que me preocupa es que los estudios expuestos vienen a avalar mi intuición: la única diferenciación que los ciudadanos somos capaces de identificar con claridad es la que existe entre actuar con intención y actuar con o sin consciencia del riesgo de producir el resultado. De acuerdo con los estudios, los ciudadanos distinguen con bastante claridad las dos modalidades situadas en los extremos y los fallos en la calificación del actuar con conocimiento no redundan en una mala identificación de la actuación intencional⁴⁶, sino en una mala identificación de la actuación con manifiesto desprecio del riesgo. Es decir, que en cuanto se intenta efectuar la distinción en atención a los niveles de representación que el autor tenía del riesgo de producción del evento, las distinciones devienen inaccesibles, pues no otra cosa evidencia que las tasas de acierto de las dos categorías intermedias –conocimiento y *recklessness*– rondan el cincuenta por ciento en el segundo estudio del equipo de Shen y estuvieran entre el cuarenta y el cincuenta por ciento en el primero. Como hemos visto, los mayores problemas de identificación diferenciada se producen entre estas dos categorías.

Trasladando los resultados a las categorías continentales podríamos concluir que parece que se identifica con una precisión aceptable la diferencia entre dolo directo de primer grado y el dolo de consecuen-

⁴⁶ Cfr. GINTHER, y otros, *Vand. L. Rev.* núm. 67, 2014, p. 1352. Los errores se mueven en este caso entre el siete y el diez por ciento.

cias necesarias, pero que no se distingue con claridad entre dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, ni entre este y la imprudencia consciente⁴⁷. Lo que nos enseñan los estudios es que la representación del grado de riesgo de producción del resultado no es un criterio certero para la asignación de responsabilidad, probablemente, porque el sistema emocional cumple una función relevante en el desempeño de las funciones cognitivas, de modo que pretender que un criterio que responde a fríos parámetros racionales –el grado de riesgo con el que se representó un sujeto el resultado– sea el que sirva para establecer las diferencias entre los estados mentales y la correspondiente asignación de responsabilidad y pena, constituye una tarea condenada de antemano al fracaso⁴⁸.

Además, en la medida en que se admite que una cosa es la tasa de probabilidad de producción de un evento y otra distinta la representación de la misma que tiene quien actúa, habrá que preguntarse conforme a qué criterios –indicios– se va a considerar acreditada dicha representación, ya que no se puede esgrimir una máxima de experiencia del tipo de que todo sujeto adulto, en normalidad de capacidad y circunstancias habría percibido el riesgo real, porque los estudios indican lo contrario⁴⁹: de un lado, al actuar, tendemos a minusvalorar las probabilidades de producción de eventos negativos; de otro, cuando preguntamos si un sujeto concreto se representó un resultado y afirmamos que este se ocasionó, la asignación de conocimiento preciso de las probabilidades se eleva⁵⁰. Así que la máxima de experiencia juega en contra de declarar probada la representación del riesgo a partir exclusivamente de la probabilidad objetiva de producción del evento: aplicando la máxima de experiencia habría que concluir que lo más probable es que un sujeto normal se haya representado el riesgo generado con su actuación como insuficientemente peligroso para generar el resultado delictivo. Por tanto, si no queremos que todo juicio acabe en absolución por falta de dolo, habrá que indagar en otro sentido: buscar otros indicios y otras

⁴⁷ Parto de que la *recklessness* puede abarcar tanto casos de dolo eventual como de imprudencia consciente.

⁴⁸ Sobre los sesgos en la asignación y representación de probabilidades, KAHNEMAN, D./TVERSKY, A., «The psychology of prediction», *Psychological Review*, vol. 80 1973, núm. 4, pp. 237-251.

⁴⁹ En la doctrina española sostienen la existencia de una máxima de experiencia de este tipo por ej. LAURENZO, P., quien entiende (*Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 149) que si una conducta es altamente peligrosa, las circunstancias que fundamentan ese peligro son perceptibles por cualquiera, o RAGUÉS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, 1999, pp. 468 ss., 482 ss., para quien sería perceptible por cualquier adulto normal que tiene sus capacidades intactas.

⁵⁰ KAHNEMAN, D./TVERSKY, A., *Psychological Review*, vol. 80, 1973, núm. 4, pp. 237-251.

máximas de experiencia u otra forma de probar la representación del sujeto; o de forma más radical, habrá que modificar el concepto de dolo.

Esta negativa conclusión, podría ser contrarrestada con una idea manejada en este trabajo: dicha masiva absolución no parece que se vaya a producir pues, aunque los ciudadanos minusvaloramos el riesgo real de producción de eventos negativos cuando somos nosotros quienes estamos implicados en la generación del riesgo, sin embargo, no tomamos en cuenta esta minusvaloración cuando atribuimos a terceros responsabilidad por el evento –cuando juzgamos la conducta de terceros–, porque, como hemos visto, entonces el carácter negativo del evento en sí ancla al alza la atribución de responsabilidad.

Quizás por todo lo acabado de apuntar, en el sistema angloamericano la doctrina y la jurisprudencia dejan claro que la diferencia entre actuar con conocimiento y con *recklessness* no reside solo en el *grado* de riesgo que la conducta genera, pues, de un lado, en todo caso el sujeto ha de representarse precisamente esa *cantidad* de riesgo, y, de otro, es necesario ponderar otros criterios *cualitativos* sobre la *clase* de riesgo creado y percibido, esto es, su carácter injustificado. Este último criterio permite que en los casos de baja probabilidad de producción del resultado, como el de la ruleta rusa –en el que la probabilidad de disparar la bala es tan solo de un 17%–, no se excluya la calificación de *recklessness*⁵¹. Solución esta que suele ser también la mayoritaria en el marco de la doctrina continental del dolo eventual para estos casos, o para otros similares como el caso Thyren: si el resultado llega a producirse a pesar de la existencia de un riesgo bajo, se afirma la concurrencia de dolo y, si no se produce, se califica de tentativa⁵².

V. Algunas conclusiones

Las conclusiones alcanzadas, como adelanté al comienzo, dejan en una preocupante situación de falta de validez social al principio de responsabilidad subjetiva, pues, aunque los seres humanos tenemos capa-

⁵¹ Por todos CHIESA, L., op.cit. p. 580.

⁵² Por todos, ROXIN, C., «Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia. Especialmente en los delitos de homicidio», en Jiménez Díaz y otros (coord.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje al prof. Dr. Mult. H. C. Lorenzo Morillas*, Dykinson, 2018, pp. 1579 ss., p. 1596. Naturalmente en estos casos el primer filtro es el carácter no permitido del riesgo generado lo que permitirá la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta, la imputación objetiva del comportamiento. Esto se produce, sin duda, en los casos de utilización de armas; pero puede no darse en otros.

cidad para inferir los estados mentales y también para hacerlo de manera jerarquizada, sin embargo, su atribución se produce de manera intuitiva y emocional tomando en consideración otros parámetros distintos al propio estado mental del sujeto. Las razones de esta situación podrían residir en la propia imposibilidad de diferenciar ciertos estados mentales colindantes, probablemente porque el criterio sobre el que descansa la diferenciación –la probabilidad de un evento– no es apto para ello. De modo que, ante la imposibilidad de juzgar correctamente con base en el riesgo y su representación y la necesidad de atribuir estados mentales en atención a la representación del riesgo, los jurados acuden a otros factores que se utilizan para evaluar moralmente los eventos con carácter general en la vida social o determinan los procesos cognitivos a través de una preponderante evaluación emocional de los mismos.

En estas condiciones, la pretendida mejor disposición de las teorías de la representación para generar certeza en la prueba del dolo es bastante dudosa así como también lo es la mayor adecuación del modelo tripartito de estados mentales o títulos de atribución subjetiva del MPC frente al bipartito continental⁵³: si al hacer radicar la diferencia entre el dolo y la imprudencia en la falta de consciencia del riesgo parece mejorar la distinción entre estas categorías, las dificultades se desplazan a las dos clases de estados mentales que toman en cuenta la representación del riesgo generado (conocimiento y *recklessness*). Por ello, en mi criterio, se deberían explorar las posibilidades que puedan brindar las teorías volitivas. Pues no podemos perder de vista que la distinción más clara en la atribución de estados mentales es la que toma en cuenta el elemento volitivo, la intención. Alguna tímida propuesta hacen Shen y su equipo en este sentido, al sostener que si en la definición del estado mental *conocimiento* se enfatizara sobre elemento volitivo y el efecto colateral –por ejemplo, señalando, que si bien el sujeto *no desea* el daño, sin embargo, *está dispuesto a causarlo* en orden a alcanzar *otro propósito*–, los resultados mejorarían y sería más asequible la distinción entre actuar con conocimiento y actuar con manifiesto desprecio del riesgo⁵⁴.

⁵³ De otra opinión, Chiesa, L., p. 602, quien sostiene que la diferenciación de los estados mentales con base en la representación del riesgo de producción del resultado es más apta para los jurados que las teorías del consentimiento que al requerir la acreditación de elementos de la actitud que tienen carácter normativo serían más adecuados para los tribunales profesionales.

⁵⁴ SHEN, F. X., y otros, en *New. Y. U. L. Rev.* núm. 86, 2011, p. 1352.

L' ISPIRAZIONE «BECCARIANA» DI LUIS ARROYO ZAPATERO

MARIO PISANI

I. Un «imbatible espíritu beccariano»

Il 12 agosto 2016 l'Instituto Nacional de Ciencias Penales di Città del Messico conferiva a Luis Arroyo Zapatero il dottorato *honoris causa*. A presentare la *laudatio* era stato Sergio García Ramírez, già titolare di molte cariche prestigiose, tra le quali quella di presidente della Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del «penalista de la Mancha», che aveva fatto le prime prove come studente dell'Università di Valladolid, l'autore della *laudatio* si proponeva di delineare «el orden de una vida bien provista y generosamente compartida». Nell'accingersi a tale compito egli ricorreva all'immagine, per davvero felice ed appropriata, del caleidoscopio¹.

«Son siempre los mismos elementos –egli diceva– coloridos y brillantes, pero ofrecen diversas figuraciones que muestran, a un tiempo, unidad y diversidad infinita». Nella continuità e nella ricorrente intermittenza di luci e di colori, emerge e si sviluppa il lusinghiero *curriculum* dello studioso pro-attivo che qui festeggiamo –e basti far cenno a due passaggi di vertice: quello di Magnifico Rettore dell'Università di Castilla-La Mancha, e quello di presidente, a decorrere dal 2003, della Société Internationale de Défense Sociale²– lungo linee di forza e solidi ancoraggi di ordine ideale.

¹ «El jurista desde el caleidoscopio», in ARROYO ZAPATERO L., GARCÍA RAMÍREZ S., *De los delitos y las penas entre México y España*, Ed. M. A. Porrúa, México 2018, pp. 9 ss.

² Alla base del conferimento di tale carica, più tardi Arroyo si limiterà ad indicare (v. *Cahiers de Défense Sociale*, 2005, p. 167) «la consideración de los penalistas y el recuerdo que guardan de mi Maestro Marino Barbero Santos». L'autore della *laudatio* presenterà quest'ultimo come «nuestro amigo recordado y admirado».

A tale riguardo, è lo stesso García Ramírez a offrirci una netta caratterizzazione, tra le altre, di Arroyo Zapatero: quella che ha fatto di lui «un imbatible espíritu beccariano».

Le pagine che seguono si propongono per l'appunto di mettere a fuoco le direzioni e le dimensioni lungo e attraverso le quali quella fondamentale ispirazione con grande compiutezza si è venuta manifestando.

II. Beccaria e la «moderna politica criminal en España»

A metà dicembre del 1988, in occasione del 250° anniversario della nascita del Beccaria, il Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale di Milano promuoveva un convegno internazionale celebrativo, intitolato «Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy».

Due anni dopo ne veniva curata la pubblicazione degli atti (ed. Giuffré, 1990, pp VII–455), la cui parte centrale era dedicata ad una cospicua serie di contributi, suddivisi in ragione delle varie aree geografiche.

La Spagna figurava col maggior numero di contributi, il primo dei quali, a firma Luis Arroyo Zapatero, era intitolato «*La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria*»³.

La presenza di quest'ultimo nella «formazione della coscienza giuridica spagnola» veniva attestata da Arroyo mediante il ricordo degli illuministi spagnoli che avevano attinto al testo italiano, e poi alla traduzione francese, di «*Dei delitti e delle pene*», e più in particolare attraverso la descrizione delle vicende relative alla prima «traducción castellana, obra del abate Juan Antonio de las Casas, en 1774».

Il testo di questa traduzione era preceduto da una *Nota* del «Consejo de Castilla», del seguente tenore: «El Consejo, conformandose con el parecer del Sr. Fiscal [Campomanes], ha permitido la impresión y la publicación de esta obra solo para instrucción publica, sin perjuicio de las Leyes del Reino, y sua puntual observancia».

A tale *Nota*, di tipo limitatamente autorizzativo, faceva riscontro una postilla finale al prologo stesa dal traduttore, attestante il suo più pieno ed incondizionato ossequio: «Si en todo, o alguna parte de la doctrina contenida en el tratado presente, que hemos traducido, no

³ Mentre va ricordato che Marino Barbero Santos figurava, in precedenza, come autore di una relazione generale in tema di pena di morte e di tortura (pp. 61-73), gli altri autori spagnoli dei minori contributi di cui nel testo erano Antonio Beristain, Francisco Buenos Arus, Roberto Martinez Perez, Miguel Polaino Navarrete.

fuese conforme al sentir de nuestra Santa Madre la Iglesia y a las supremas Regalias de S. M. desde luego, con toda sumisión y respecto, como dobemos, los detestamos, creyendo solo que nos enseñaron y sometiendo nuestro juicio al de nuestros Maestros y Superiores»⁴.

Arroyo ricorda che, persa la battaglia della pubblicazione, e poi anche della limitata diffusione, di «*Dei delitti e delle pene*», nel giugno 1777 l'Inquisizione spagnola⁵ ne proibì inutilmente la lettura. E piuttosto ne seguirono delle polemiche, il frutto delle quali fu rappresentato dall'incarico conferito dal Consiglio di Castiglia a Manuel de Lardizábal per uno studio della legislazione vigente alla luce delle nuove idealità beccariane⁶.

Colpisce poi, in particolare, il richiamo di Arroyo ad «una effimera fase de apertura politica», che coincise con le traduzioni di Beccaria curate, nel 1968 e nel 1969, da Juan Antonio de Val e da Francisco Tomás y Valiente. E ciò in quanto attraverso di esse «Beccaria se convirtió así en libro de texto de varias generaciones de estudiantes de las Facultades de Derecho españolas, como quien esto scribe»: i quali «estudiantes» –viene precisato– lessero e annotarono quel testo

⁴ E' stata talvolta prospettata –ad esempio dal CANTU', *Beccaria e il diritto penale*, Ed. Barbera, Firenze, 1862, p. 179, l'ipotesi che a tradurre il Beccaria sia stato lo stesso Fiscal Campomanes. Questa designazione, peraltro, non può essere condivisa, anche alla luce di documentazione che la smentisce. In una lettera del 12 gennaio 1775, Pietro Giusti, dal 1771 già collega di Beccaria nel Supremo consiglio di economia, gli scrive da Madrid, e, dopo d'aver ricordato l'omaggio reso dalle nazioni più colte «alle verità luminose contenute nel libro *Dei delitti e delle pene*», comunica al suo illustrissimo interlocutore che, nonostante l'atmosfera di inazione che, per ragioni diverse, domina la Spagna, è uscita «in questi giorni dai torchi di Madrid un traduzione della di lei opera (...) pubblicata dall' abate Don Giovanni Antonio de las Casas», E aggiunge, tra l' altro, che «non è poco per qui» che il libro sia stato stampato, e ciò si deve ai lumi ed al coraggio del fiscale Campomanes» (la lettera pubblicata da F. VENTURI nella sua edizione di *Dei delitti e delle pene*, Ed. Einaudi, Torino, 1965, p.567, è stata poi riportata anche nel *Carteggio*, parte II, 1769-1794, facente parte della edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, vol. V, Mediobanca, Milano, 1996, p. 453). Beccaria non risponderà a questa lettera, e di tale silenzio lo stesso Giusti, con una prima lettera dell'8 agosto 1775, avrà modo di meravigliarsi con Paolo Frisi, perfino aggiungendo, in una seconda lettera (da Aranjuez, 16 giugno 1776) allo stesso interlocutore: «Quanto ella mi dice intorno al marchese Beccaria avrebbe luogo di sorprendermi, se una cognizione più prossima del soggetto e un poco di esperienza non mi avessero appreso quanta differenza suol talvolta passare tralle qualità dello spirito e il carattere morale. Stupisco poi moltissimo ch'egli desidero di leggere la traduzione spagnuola» (v. ediz. VENTURI, p. 570; QUINTERO OLIVARES G., «Beccaria nel mondo ispanico», in AA.VV., *I 250 anni di «Dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria*, Ospedaletto (Pisa), 2015, p. 82; CAPRA C., nota introduttiva alla lettera 12 gennaio 1775, in *Carteggio*, cit., p. 454).

⁵ TORIO A., «Beccaria y la Inquisición española», en *Anuario de Derecho penal*, 1971, p. 391.

⁶ Per più ampi sviluppi della tematica affrontata v. CALABRO' G., «Beccaria e la Spagna», en *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Accademia delle Scienze, Torino, 1966, p. 101; CATTANEO M. A., «Cesare Beccaria e l'illuminismo giuridico europeo», en AA.VV., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Ed. Cariplo-Laterza, 1990, p. 213.

«con avidez por afrontar el Derecho penal del último periodo del Franquismo». ⁷

Il contributo che qui stiamo illustrando passa poi a delineare lo stretto rapporto intercorrente tra Beccaria e la «moderna politica criminal española». Ne discende l'enunciazione di una sistematica, ampiamente e felicemente sintetizzata attraverso una serie di temi di grande respiro: la legalità del diritto penale; la giustizia penale (contro il rito inquisitorio e la tortura giudiziaria); l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge; il danno sociale come criterio di determinazione della gravità del delitto; la proporzionalità e l'umanità delle pene.

Il programma di politica criminale di Beccaria –così Arroyo concludeva realisticamente il suo rapporto del 1988– lascia ancora un conto scoperto (o un traguardo ancora da raggiungere): «que la justicia penal sea una justicia pronta y rapida».

III. Per l'abolizione della pena capitale

Alla prima relazione milanese di Arroyo su Beccaria, nel 2014 ne fa seguito una seconda, occasionata dal ricordo dei 250 anni della pubblicazione del capolavoro.

L'autore svolge il tema «Cesare Beccaria y la abolición de la pena capital», e il suo contributo verrà raccolto nella pubblicazione degli atti, recanti il titolo «Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria» (ed. Giuffrè, Milano, 2015, p. 163).

Arroyo delinea le quattro «ideas fundamentales» poste a base della tesi abolizionista, e passa quindi a delineare un ampio e dettagliato affresco storico, a livello globale, dei progressivi sviluppi della materia, entro la quale ancora si fa sentire «la figura y reflexiones de Cesare Beccaria, quien por su condición de principe de los clásicos es también un gran contemporáneo».

Ma già dal tempo intermedio tra le due relazioni milanesi, il tema dell'abolizione –e, all'interno di questa prospettiva, della moratoria

⁷ Con quest'ultimo accenno Arroyo fa verosimilmente un discreto e velatissimo richiamo alla sua militanza di «estudiante impetuoso», quale esponente di primo piano della protesta universitaria del 1972 contro le leggi della dittatura. Si tratta di vicende (processo, condanna, carcerazione, espulsione dall'Università) evocate nella ricordata *laudatio* messicana (p. 13) di García Ramírez.

della pena di morte— era divenuto «crucial en el desvelo y la tarea de Arroyo Zapatero». Di lui García Ramírez ricorderà⁸ che era divenuto «un verdadero cruzado por la vida, consciente —al fin y al cabo es *beccariano* leal— de que ni el Estado tiene facultad de privar de la existencia a sus ciudadanos, ni esa privación», ha comportato il contenimento o l'eliminazione della criminalità.

A merito dello studioso che qui onoriamo veniva anche ricordato essere lui «fundador empeñoso de la Red Academia Internacional contra la pena de muerte, que reúne a 25 institutos de investigación de los cinco continentes y a 300 profesores». Si aggiungeva poi che Arroyo è stato attivo operatore perché il governo della Spagna assumesse un ruolo primario, nella comunità internazionale, per l'affermazione della tesi abolizionista, e nello stesso intendimento ha contribuito a organizzare un ampio numero di congressi e di celebrazioni, ed a pubblicare vari libri e contributi di studio⁹.

IV. Le «medaglie Beccaria» e un premio per i giovani

Del volume beccariano «Dei delitti e delle pene», Faustin Helie ebbe a scrivere, nel 1856, che esso «ne doit pas être lu, il doit être médité. C'est un sol fertile que le travail féconde».

A tale assunto sembrava fare eco, nel concludere il menzionato convegno internazionale milanese del 1988, l'insigne connazionale Mireille Delmas Marty, laddove faceva rilevare che l'opera di Beccaria non è un trattato di diritto, ma piuttosto un'opera «aperta». E spiegava: «... nous l'avons remarqué aussi, au delà de ce qu'il défait, par ce qu'il ne dit pas, mais ce qu'il suggère, ce qu'il laisse entrevoir, en nous incitant à continuer le chemin qu'il a ouvert».

⁸ V. il volume qui cit. a nota (1), alla p. 19.

⁹ A titolo di documentazione, puramente esemplificativa, della fedeltà della sua ispirazione a Cesare Beccaria, di ARROYO ZAPATERO ricordiamo: «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», in *Contra lo espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Valencia, 2010, p. 39; ARROYO ZAPATERO/BIGLINO SCHABAS (a cura di) *Toward universal abolition of the death penalty*, Valencia, 2010; (con BORDES) *Francisco de Goya. Contra la crueldad de la pena de muerte*, Madrid, 2013; «Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte», in *La pasión de la crueldad. El Papa François contra la pena de muerte* e «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el derecho internacional», in *Metafora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, opere (v., rispettivamente, alle pp. 53-95 e 15-22) edite entrambe dall'Università di Castilla-La Mancha, 2016. Ricordiamo anche la «Jornada Beccaria» promossa da Arroyo, presso il Centro de Estudios Políticos y Constitucionales di Madrid, il 14 ottobre 2014.

Col passare dei decenni, e al di sopra di tanti confini nazionali, la visione beccariana dei delitti e delle pene si è infatti venuta rivelando come una sorta di «centrale» di risorse e di energia, di critica e di rinnovamento: una «centrale» autoalimentatasi ma anche sviluppata, oltre che per mezzo di un'ingentissima quantità di edizioni e di traduzioni¹⁰, da una serie cospicua di estimatori e di concreti «operatori sul campo», il campo da fecondare, e che per l'appunto hanno di Beccaria continuato e moltiplicato il ricordo, e la benefica influenza rigeneratrice.

A questo quadro ideale, da Toledo Luis Arroyo Zapatero, nel 2003 ha ispirato l'idea delle medaglie Beccaria, vivamente legata alla tradizione di una politica criminale umanista¹¹.

Ad esserne insigniti, a decorrere dal dicembre 2004, è stata una triade insigne, di livello più che europeo, rappresentata da Simone Rozès, H. H. Jescheck e Giuliano Vassalli¹². La serie degli insigniti ha avuto poi ampio e ragguardevole seguito nel corso degli anni successivi, fino a raggiungere, nel 2015, il «non-giurista» Gianni Francioni, al quale, nel suo discorso di conferimento della medaglia Arroyo¹³ riconoscerà il grande merito di «aver realizzato, nel 1984, la più accreditata edizione critica di *Dei delitti e delle pene*», e, poi, «condotto a termine la pubblicazione dell'*opera omnia* di Beccaria»¹⁴.

E' appena il caso di aggiungere che, sempre nel pensiero rivolto al grande lombardo, in occasione del XV congresso della Società Internazionale di Difesa Sociale (Toledo, settembre 2007), l'antico studente di

¹⁰ Per una segnalazione delle traduzioni ci si consenta di rinviare a qualche pagina dello scrivente dedicata a José de Faria Costa, primo traduttore del Beccaria in lingua portoghese (PISANI M., «Omaggio a Beccaria», in AA.VV., *Dasein und Gerechtigkeit*, Ed. Nemos, Baden-Baden, 2020, p. 148).

¹¹ PISANI M., «Le Medaglie Beccaria e la Società Internazionale di Difesa Sociale», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 883. Era stato lo stesso Arroyo a ricordare, in *Cahiers de Défense Sociale*, 2009-2010, p. 101, che, a suo tempo, Alcalá Zamora y Castillo, nel Messico, e Jmenez de Asua, a Buenos Aires, erano stati «las dos cabezas de puente» su cui si veniva assestando, in tutta l'America latina, il maggior patrimonio di cultura giuridica sviluppatosi sulla base delle idee di Beccaria.

¹² Il testo dei discorsi di Arroyo per il conferimento delle medaglie Beccaria a Giuliano Vassalli e a Simone Rozès è contenuto, rispettivamente, nei *Cahiers de Défense Sociale* del 2005, p. 167, e del 2006, p. 85. Quanto a Jescheck v., nell'annata 2004 degli stessi *Cahiers*, p. 99, il discorso di Tiedemann.

¹³ Per il testo del suo discorso v. *Omaggio a Cesare Beccaria (A conclusione dell'edizione nazionale delle opere -16 voll.1984-2014- promossa da Mediobanca in ricordo di Adolfo Tino)*, Milano, 11 novembre 2015, (pp. 59-62).

¹⁴ Si tratta dell'«edizione nazionale delle opere» –qui già menzionata nella nota (4)– inizialmente diretta da Luigi Firpo, al quale, dopo aver curato la sua edizione critica di *Dei delitti e delle pene* (vol. I, 1984), a decorrere dal 1994 nella conduzione verrà ad affiancarsi Francioni. Da Pavia: l'antica Università dove Beccaria nel 1758 aveva conseguito la laurea.

Valladolid, divenuto Rettore dell'Università di Castilla-La Mancha, promuoveva –tra l'altro, oltre ad una risoluzione in tema di moratoria della pena di morte «as a first step toward the complete abolition»–, un «Prix Cesare Beccaria pour Jeunes Chercheurs». Chi scrive avrà modo di farne cenno, come a «des espoirs de demain»¹⁵.

¹⁵ *Cahiers de Défense sociale*, 2007/2008, pp. 13 e 65-68.

EXCEPCIONALIDAD PERMANENTE Y DERECHO PENAL

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático Derecho Penal. Universidad de Jaén

I. ¿Es la excepción la regla en democracia?

Una idea que inspira el pensamiento nihilista de la primera escuela de Frankfurt consiste en especular que la creación de espacios en los que se produce el abandono del derecho no es una excepción sino la forma habitual en la que se establecen las relaciones jurídicas¹. La trágica consecuencia de esta reflexión es que la excepcionalidad siempre fue la regla de la modernidad², que el paradigma democrático nunca fue otro que el «campo de concentración». En esa estructura jurídica no es la excepción la que se sustrae a la regla sino la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción.

Quizá esta visión escéptica del concepto de derecho y democracia está motivada por el desencanto que produce comprobar que las dos guerras mundiales y el fascismo han sido consecuencia de políticas ilustradas occidentales. Una tesis que ha sido cuestionada por considerar aberrante interpretar el fascismo como la forma más extrema del capitalismo tardío³. En esa dirección, R. Mate denuncia que «afirmar que la democracia en la que vivimos algunos países es equiparable al fascismo resulta una broma para los miembros de un Estado de bienestar y un

¹ Cfr. ADORNO, T/KORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*. Traducción de J. J. Sánchez. Trotta, Madrid, 2003, p. 59.

² Cfr. AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos. Valencia, 1998, pp. 211 ss; Cfr., del mismo autor, «El estado de excepción», en, *Rvta Mientras tanto*, núm. 86, 2003; *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1. Pre-Textos. Valencia, 2004.

³ Cfr. AMERY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Pre-textos, Valencia, 2001, p. 40. Se preocupa este autor por la ligereza con que la izquierda habla de fascismo, pese al reconocimiento de la existencia de injusticias ciertamente escandalosas –como, por ejemplo, la legislación conocida con el término *Radikalenerlass* (relativo al decreto de 1972 que exigía a los funcionarios fidelidad a la Constitución alemana). *Op. cit.*, pp. 40-43.

sarcasmo para las víctimas de Auschwitz. No solo hay diferencias formales entre el fascismo y la democracia sino también materiales. Pensemos en el garantismo procesal, propio de un estado de derecho, y el puro decisionismo en el fascismo; pensemos en la consideración de los derechos humanos en uno y otro régimen. Las diferencias entre uno y otro son tan evidentes y abismales que cualquier pregunta sobre el particular ofende. Nada, pues, tiene que ver una cosa con la otra»⁴.

Admitiendo como exagerado el planteamiento que identifica campo de concentración y democracia, lo cierto es que habría que preguntar a los nuevos *homo sacer* de Guantánamo, a las víctimas de las torturas en Abu Ghraib o Bagram, a las de los interrogatorios practicados por la CIA en connivencia con los servicios secretos europeos, o a los inmigrantes irregulares internados en centros a la espera de expulsión, si les convence la respuesta de Amery o R. Mate. ¿Son tan diferentes aquellos campos de concentración y los actuales centros de retención de «combatientes ilegales»? ¿Es un sacrilegio ponderar fascismo y ciertas políticas neoliberales de exclusión de las no-personas? Los reclusos en esas sedes aún se preguntan dónde se esconden la democracia y Naciones Unidas.

Es verdad que los campos de concentración suponen la extensión del estado de excepción a toda una población civil⁵. En ese instante deja de ser una mera excepción justificada por la existencia de un peligro objetivo para pasar a desempeñar el papel de *regla de suspensión permanente de garantías* para todos los sectores de riesgo que entren en sus confines⁶. Se inaugura, de este modo, un híbrido de *exclusión del derecho al amparo del propio derecho* que nos sirve para explicar uno de los fundamentos de los proyectos penales dominantes⁷.

Resulta innegable que las democracias autoritarias han vuelto a generar muertos en vida, espacios de exclusión del derecho en los que la norma consiente la supresión de la «*nuda vida*» a través de la elimina-

⁴ Cfr. MATE, R. *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*. Trotta, Madrid, 2003, cit., p. 79.

⁵ La base jurídica de los *Lager* no era el derecho común sino la *Schutzhaft* (custodia de protección). Se trataba de una medida prusiana de carácter preventivo que permitía privar de libertad a determinados individuos considerados peligrosos, con independencia de cualquier contenido penalmente relevante.

⁶ Es la concreción del paradigma de la razón de Estado que genera un ámbito de irresponsabilidad penal. Cfr. MARESCA, M., «Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley», en G. Portilla Contreras (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Akal, 2005, pp. 94 ss.

⁷ Cfr. AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 217.

ción absoluta de las garantías penales y procesales⁸: si hasta ahora el referente de la soberanía política ha sido el juicio en el campo de concentración⁹, en estos momentos, el presunto terrorista¹⁰ y el inmigrante irregular ocupan su lugar¹¹.

Los centros de internamiento de extranjeros, los campos de concentración de Guantánamo, las cárceles y vuelos secretos de la CIA¹², los centros secretos de tortura, etc., son los lugares elegidos en la posmodernidad para suspender el derecho, las garantías jurídicas, el sitio en el que la violencia fundadora del no-derecho se transforma en una contraviolencia preventiva legalizada¹³. Nos encontramos ante flamantes espacios biopolíticos en los que el poder administra la libertad, excluyéndola, al igual que en aquellos tiempos en los que el poder politizaba la vida, suprimiéndola. Una excepcionalidad trascendida de un derecho que se suspende a sí mismo cuando el «*príncipe*» decide la existencia de un peligro para la conservación del Estado. De acuerdo con Agamben, esta definición *schmittiana* de la soberanía (soberano es el que decide sobre el estado de excepción, estando al mismo tiempo fuera y dentro del ordenamiento jurídico) se ha convertido en un concepto límite de la doctrina del Estado y del Derecho¹⁴. Así como la regla vive de la excepción, siempre habrá una zona excluida del derecho, siendo el soberano el que puede establecer el derecho al margen de la existencia de una ley positiva, y tiene la capacidad de decidir excepcio-

⁸ Cfr. AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 230.

⁹ Cfr. ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo. Imperialismo*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 402-438.

¹⁰ La Constitución española permite «excepcionalmente» en el artículo 55.2 la suspensión del régimen de garantías. «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

¹¹ No ha dudado SILVEIRA GORSKI, en calificar a los centros de internamiento como una de las expresiones más diáfanas de una cultura autoritaria que, por un lado, configura la inmigración clandestina como un «cuasi-delito» al cual se responde con una detención especial y, por otro, utiliza el internamiento como instrumento de control. Cfr. «Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía». En, *Sistema penal y problemas sociales*. 2003, p. 555. Cfr. del mismo, «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», *Rvta Mientras tanto*, núm. 83, 2002, pp. 93 ss.

¹² Guantánamo se ha convertido en un símbolo de la excepcionalidad permanente que representa la suspensión generalizada del derecho. El descubrimiento en el interior de Guantánamo de una prisión secreta, organizada por la CIA para determinados sospechosos, es el exponente máximo de dicho símbolo, supone posibilitar la suspensión del no-derecho en el interior de una estructura de ilegalidad perpetua.

¹³ Cfr. BALIBAR, E., *Prolegómenos a la soberanía*. En, *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, Madrid, Tecnos. 2003, pp. 266-267.

¹⁴ Cfr. AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 22.

nalmente cuáles son las necesidades de intervención, además de emplear los medios adecuados de prevención. En otras palabras: se está concibiendo un prototipo militar decisionista fundador del nuevo derecho y una violencia conservadora de ese no-derecho¹⁵.

El mejor exponente hoy del *estado de excepción schmittiano* aparece en la estructura jurídico-penal de Estados Unidos, en la que la capacidad de suspender el derecho, de decretar el estado de excepción, recae en el nuevo «*príncipe*», el Presidente, gracias a los poderes «excepcionales» otorgados por el Congreso¹⁶.

II. La generalización de la excepción en el Derecho penal legitimada por las teorías formalistas del Derecho y el funcionalismo estructural

La cuestión a resolver es si la excepción es el canon del Derecho penal posmoderno o, por el contrario, la excepcionalidad sigue siendo una perversión del sistema democrático y del Derecho penal¹⁷. ¿Puede seguir llamándose Derecho penal a un modelo jurídico que, fundado en la excepcionalidad y legitimado por las *teorías formalistas y funcionalistas del derecho*, lo reduce a una cuestión pragmática de mera efectividad en la que carece de significado el concepto de bien jurídico, la culpabilidad o las teorías preventivas de la pena¹⁸.

¹⁵ En ese proyecto la suspensión de la democracia no es la excepción, es la norma. Cfr. NEGRI, T/HARDT. M. Cfr. *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*. Debate, Barcelona, 2004, pp. 28 y 39.

¹⁶ Para algunos, esta situación supone un retorno al estado de naturaleza hobessiano. Sin embargo, MARESCA interpreta, por el contrario, que, en realidad, se dan los rasgos de la restauración de la razón de Estado, esto es, una situación de hecho previa a la existencia de individuos con capacidad y libertad para asociarse. En ese periodo, continúa el autor, la política se instrumentaliza en la conservación y expansión del poder del Estado y éste se concibe como el poder de una persona o familia. Los elementos que definen este momento son la eficacia en la perpetuación del poder y la derogación del derecho. Cfr. «Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley», cit., pp. 96-97.

¹⁷ Según REYES MATE, la normalidad de la exclusión de las garantías no es la que representa el Derecho sino la opresión que se ha incrustado en el Estado de Derecho como una segunda naturaleza. Cfr. *Memoria de Auschwitz, Actualidad moral y política*, cit., p. 111.

¹⁸ La legitimación del modelo de estado de excepción permanente se autovalida en la idea de sistemas de Luhmann, en el que cualquier alteración o diferencia se neutraliza a través de la fuerza que teóricamente es apoyada por la policía moral de los Estados Unidos u otras organizaciones internacionales. En esa línea, tienen razón NEGRI/HARDT cuando afirman que «este tipo de intervención continua, tanto moral como militar, es en realidad la forma lógica del ejercicio de la fuerza que surge de un paradigma de legitimación basado en un estado de excepción permanente y en la acción policial». Cfr. *Imperio*, Paidós, Barcelona. 2002, pp. 52-53.

El Derecho penal ofrece hoy dos caras opuestas; en una de ellas, el sujeto solo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo potencial para la seguridad del Estado. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin real es combatir la libertad ideológica o de expresión, en el que el uso de los delitos de peligro abstracto es la pauta, al tiempo que se equiparan los actos preparatorios y el delito consumado. Se asiste pues a la conversión del Derecho penal en un derecho de la voluntad, en un derecho penal de autor en el que se acaba fusionando el concepto de enemigo con el de «clases peligrosas».

De ese modo, el derecho penal de la culpabilidad se sustituye por la razón de Estado¹⁹ con el apoyo de una teoría promocional de la pena, la prevención general positiva (PGP). Se trata de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista²⁰. Tesis asentada en el Código penal español (artículo 89), cuando al hablar de la expulsión de extranjeros condenados a más de un año de prisión, sugiere que serán expulsados en el momento en que se cumplan tres cuartas partes de la condena «...cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito...». Igualmente, el Anteproyecto de Código penal de 2012, en la Exposición de Motivos, invocó la tesis de la prevención general positiva con la pretensión de instaurar la prisión permanente revisable y la custodia de seguridad: «La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas».

La prevención general positiva de la que hablo no debe confundirse con la prevención general positiva como límite de la pena (tesis de Hassemer, Zips, Roxín²¹), ni con la tesis de Welzel, la función ético-so-

¹⁹ Cfr. LESCH, H. H., *La función de la pena*. Dykinson, Madrid, 1999, p. 46.

²⁰ Cfr. LESCH, H. H., *La función de la pena*, cit., p. 50.

²¹ En la tesis de JAKOBS el jurista carece de fuentes externas de legitimación pero se ve obligado a interpretar los valores inmanentes del sistema (Constitución vigente). Si el sistema en el que desarrolla su labor hoy el jurista alemán es el democrático constitucional,

cial de la pena mediante la protección de bienes jurídicos. Me refiero únicamente a la tesis de Jakobs sobre la función de la pena en la protección de las expectativas normativas y su expresa renuncia al concepto de bien jurídico²².

Hay que aclarar inicialmente que respecto a la PGP promocional, existen dos variantes: una se corresponde con la finalidad de la pena respecto al delito cometido por un ciudadano delincuente, como persona en derecho, y otra, cuando el infractor es una fuente de peligro que no alcanza la categoría de persona.

En general, en la PGP se percibe un claro matiz retribucionista, la función de la pena está orientada a la generalización de las expectativas normativas de comportamiento, a restablecer la confianza institucional y a consolidar la fidelidad en las normas jurídicas. La pena adquiere entonces la función de proteger la vigencia de las expectativas institucionales de comportamiento reforzando la confianza en los mecanismos generalizados de la integración social. Las sanciones emiten el punto de vista del sistema social frente a los comportamientos desviados y sirven para restaurar la confianza institucional de los no trasgresores²³.

En Jakobs la función de la pena es la defensa de la norma (esencial en su papel orientador de conductas como expectativas contrafacticas) como modelo de orientación para la convivencia²⁴. La PGP contribuye a reafirmar las expectativas normativas (generadas políticamente) y a reforzar la fidelidad en el derecho. No importan tanto los valores contenidos en cada norma (bienes jurídicos) sino la protección de la norma en sí misma²⁵. El delito no es lesión de un

los valores que deben condicionar su trabajo son los principios de libertad y dignidad personal. En efecto, en este punto se produce la coincidencia con la teoría de ROXIN, pero este autor defiende los mismos principios, no porque lo imponga el coyuntural sistema político (casualmente democrático) sino porque se trata de referencias constitucionales consideradas como valores externos y previos al concepto de bien jurídico que deben informar todas las categorías delictivas.

²² Cfr. MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva». *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39. fasc/mes 1, 1986, pp. 51 ss.

²³ Cfr. CALVO GARCÍA, «Las nuevas máscaras de la violencia jurídica», en *Sentido y Razón del Derecho*. AA.VV., Barcelona, 1992.

²⁴ JAKOBS sigue el planteamiento normativista de LUHMANN que concibe la sociedad como un sistema de interacciones en el que la norma es expresión de una expectativa de conducta institucionalizada. Otros conceptos básicos en la tesis de JAKOBS tomados de Luhmann son: la persona, adquiere tal condición por un proceso de intercomunicación; el derecho es immanente a sí mismo y no necesita legitimación externa al propio derecho.

²⁵ La teoría de JAKOBS se basa en un principio de prevención general orientado al mantenimiento del sistema social. Se desprecia el valor del bien jurídico y basta con la elaboración de nor-

bien jurídico sino mera desobediencia y defraudación de las expectativas²⁶.

Como la tesis de Jakobs es atemporal, no se concreta en un sistema político, y al tiempo no exige una legitimación de la norma sino que se conforma con respetar el sistema normativo vigente de producción del derecho, la conclusión es que su planteamiento sobre la función de la pena puede contribuir a la obediencia ciega de normas no legitimadas democráticamente. Además, desde su posición, si el fin de la pena no es proteger valores sino normas, fortalecer las expectativas, cómo puede afirmarse, que la infracción de unas normas debilitan al Derecho más que otras. Esto es algo que sólo consigue introduciendo en su teoría un valor empírico indemostrable: la percepción comunitaria del significado de la infracción de la norma.

Al incluirse este elemento cognitivo, la teoría normativa de Jakobs se trasmuta en una teoría mixta que introduce elementos fácticos de imposible cuantificación²⁷. Siendo finalmente el legislador el que presume y mide el sentimiento de desconfianza y decepción de los ciudadanos ante la norma defraudada y la pena exigible para retomar la confianza en el derecho vulnerado. En realidad, al perder su esencial característica de carácter normativo, la PGP se transforma en una teoría retributiva que permite la sanción que requiera la recuperación del sentimiento perdido por la comunidad de fidelidad al derecho, la que exija la rehabilitación de la seguridad cognitiva.

Ahora bien, qué pena asegura cognitivamente la vigencia de la norma, qué pena evita el sentimiento de infidelidad al derecho. Si la proporcionalidad deja de cumplir una función (como antes lo había hecho la categoría del bien jurídico), si la pena no depende de la grave-

mas que respondan a los requisitos formales exigidos por cada Estado (sea democrático o no). Esto le lleva a aprobar el cumplimiento de normas materialmente injustas (en juicios de Núremberg, o en el caso de los funcionarios de la República Democrática de Alemania). Otra característica, ya mencionada, esencial de la obra de JAKOBS es la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas. Con esta desvinculación del Derecho de fuentes externas, como subraya Teubner, el discurso funcionalista permanece prisionero de su propia autoreproducción. Frente a esta tesis, la posibilidad de sancionar la mera desobediencia sin bien jurídico, habría que enfrentar la Ética del discurso de Habermas, la necesidad de emplear siempre factores externos al área del derecho que se analice a fin de legitimación: los derechos fundamentales positivizados constitucionalmente.

²⁶ En esta tesis, el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de evitar que surjan nuevos intereses contrarios a la estabilidad del sistema. Por su parte el delito no se caracterizará ya por el concepto de daño social sino por el de infidelidad al ordenamiento, y la pena cumplirá la misión de confirmar el mandato jurídico como criterio orientador de las relaciones sociales.

²⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther JAKOBS». *Revista Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 59, fasc/ mes 1, 2006, p. 114.

dad del hecho, puede imponerse la estimada como imprescindible para recuperar la pérdida de confianza en el orden jurídico. En la práctica, el legislador dispondría de discrecionalidad absoluta para determinar la pena ajustada al restablecimiento de la vigencia de la norma interpretando el sano sentimiento popular. Al mutilarse todos los diques, los límites liberales materiales de la intervención penal (bien jurídico, proporcionalidad, culpabilidad, dignidad, etc.), queda expedita la opción de soluciones finales como la pena de muerte o la cadena perpetua en su versión de la prisión permanente revisable.

Al final, Jakobs incurre en los mismos errores de las tesis preventivas intimidatorias. Al mezclar elementos normativos y cognitivos, la prevención general negativa forma parte de su PGP puesto que la pena cumpliría la función de asegurar la probabilidad de que la comunidad cumpla las normas, la amenaza del castigo sirve para que la generalidad siga manteniendo su fidelidad en el derecho.

Ahora bien, tal como comenté al inicio, el análisis de esta función de la PGP se comprende desde la posición del delincuente ciudadano que puede garantizar su futura fidelidad al derecho. En caso de que tal seguridad cognitiva no pueda avalarse, pierde la condición de persona en derecho y, entonces, la pena ya no cumple aquella función estabilizadora sino que se muda en un instrumento de lucha en el estado de naturaleza. Mientras la pena en el Derecho penal de ciudadanos mantiene la vigencia de la norma, en el Derecho penal de enemigos, por el contrario, la coacción se dirige contra el sujeto peligroso a través de medidas de seguridad. Asimismo, el principio de culpabilidad por el hecho es reemplazado por el peligro para la seguridad del orden jurídico. En definitiva, la culpabilidad cede terreno a la peligrosidad y la pena pierde relevancia ante el auge de las medidas de seguridad.

Este segundo modelo se ampara en que el temor a la destrucción de la sociedad civil exige una metamorfosis del Derecho penal cívico, no siendo posible formular juicios de culpabilidad individual-especial, sino, por el contrario, hay que redefinir a la persona de esa nueva sociedad postcívica y los derechos de los que disfruta²⁸. Tomando como punto de partida la construcción funcional del concepto de *no-persona*, la teoría de la prevención general positiva, y ubicando el debate en el estado de naturaleza, el sector más radical del funcionalismo estructural (Lesch, Müssig, Pawlik, entre otros) ha continuado, legitimado y desa-

²⁸ LESCH, H. H., *La función de la pena*. Dykinson, Madrid.1999, p. 52.

rollado el modelo del Derecho procesal-penal del enemigo²⁹, precisando los términos en que debe concretarse la restricción de derechos a que se somete el sujeto cuando pierde la condición de persona³⁰. Cuando eso ocurre, se pretende justificar la necesidad de aplicar en la investigación del delito un conjunto de medidas –v. gr. el control de las comunicaciones telefónicas, la pesquisa policial mediante rastreo de datos informáticos, los juicios rápidos, la ampliación de competencias de los servicios secretos o el uso de confidentes policiales– que afectan a diversos principios constitucionales y garantías del procedimiento penal³¹, sobre todo, el principio *nemo-tenetur*, o el derecho a la no autoincriminación del inculpado³². Así, el sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se viene caracterizando por una constante res-

²⁹ Cfr. LESCH H, H., «Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung», en, ZGS, núm. 111, 1999, pp. 624 ss; *del mismo*, «Hörfälle und kein Ende –Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft», en, GA, núm. 147, 2000, pp. 355 ss. Cfr. MÜSSIG, B., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Lang, Frankfurt a. M., 1994, pp. 140 ss.; *del mismo*, «Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren», en, GA, 1999, p. 122. Cfr. PAWLICK, M., «Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten zu den Anwendungsgrenzen der 136, abs.1 satz 2 und 136 a StPO», en, GA, 1998, pp. 381, 389. *Vid.* también, C. F. STUCKENBERG. *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Walter de Gruyter, Berlin, 1998, pp. 42 ss.

³⁰ Cfr. JAKOBS, G. Cfr. Derecho penal del enemigo. Trad. de M. Cancio Meliá. Civitas, Madrid, 2003, p. 45.

³¹ *Vid.* al respecto, SCHNEIDER, H. »Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?«, en, ZStW, núm. 3, 2001, pp. 507-508; también, C. ROXIN, C. «La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán», en, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, 2000, p. 122.

³² El último JAKOBS llega a admitir, como sus discípulos, que es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo. Y si bien descarta la violencia física «por sus efectos secundarios corruptores», aconseja, no solo la privación del derecho del terrorista a la libertad de conducta, sino la necesidad de llevar el interrogatorio más allá de los límites establecidos en el 136 StPO. Cfr. «¿Terroristas como personas en Derecho?». En, *Derecho penal del enemigo*. Trad. de M. Cancio Meliá. Civitas, Navarra, 2006, pp. 76,77. Basa gran parte de su tesis en el parágrafo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea que consideraba lícito derribar una aeronave «que pretenda ser usada para atentar contra vidas humanas». Argumento que el Tribunal Constitucional alemán echaría por tierra en una sentencia de 15-2-2006 al declarar la inconstitucionalidad de tal parágrafo. Pues bien, pese al conocimiento de la declaración de inconstitucionalidad, JAKOBS insiste en que si «el Estado, en caso de extrema necesidad, incluso frente a sus ciudadanos que no son responsables de ella, no conoce tabú alguno, sino hace lo necesario, mucho menos podrá imponerse tabúes en el ámbito de las medidas para la evitación de esa extrema necesidad dirigidas contra terroristas, es decir contra quienes generan la situación de necesidad, al menos no dentro del marco de lo necesario: ésta es la fuerza sistemática del precepto.» Cfr. *op. cit.*, p. 78. Siguiendo ese razonamiento, este autor concluye que el Estado, en virtud de su deber de protección, no debe renunciar a ningún instrumento cuya aplicación sea lícita y esté racionalmente indicada. Por ello, admite que los presuntos terroristas que participan en la planificación de un atentado (129a StGB) deben ser obligados a revelar grandes riesgos, incluso más allá de los límites trazados por el 136 a de StPO. *Op. cit.*, pp. 79-80. De ahí también se deduce que JAKOBS considere que no son *per se* ataques al Estado de Derecho la pena de diez años por pertenencia a una organización terrorista, las investigaciones encubiertas, las escuchas indiscriminadas o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva. *Op. cit.*, p. 82.

tricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal, hasta el punto de conformar un Derecho penal-procesal «distinto». De hecho, Jakobs se ha planteado la interrogante de si puede conducirse una guerra contra el terrorismo con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Su respuesta es contundente, un Estado de Derecho no puede responder adecuadamente a esos riesgos porque ello le obligaría a tratar a sus enemigos como personas y no como fuentes de peligro. Por esa razón, este autor aboga, no por un Estado de Derecho perfecto sino por un Estado de Derecho óptimo en la práctica, esto es, un Estado que tenga la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos a los que retira la condición de personas³³.

Las características de este modelo penal de excepción que termina por generalizarse en el Código penal se fundamenta, como se comentó, en la tipificación abusiva de delitos de peligro abstracto y en la equiparación entre acto preparatorio y delito consumado. En este nuevo formato, que modifica sustancialmente la estructura de la culpabilidad y la pena, el sujeto se transforma en una emanación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esa potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el «individuo peligroso» a través de penas y, esencialmente, de medidas de seguridad³⁴. En otras palabras, se afirma que no existen otras alternativas al Derecho penal del enemigo porque el Ordenamiento jurídico no puede integrar a sujetos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas³⁵, porque, en definitiva, «quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas»³⁶.

³³ Cfr. «¿Terroristas como personas en Derecho?», en *Derecho penal del enemigo*. Trad. de M. Cancio Meliá. 2006, p. 83.

³⁴ Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano...», cit., pp. 24-25. Ya en el marco más concreto del terrorismo, asegura que el Derecho penal tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. Cfr. «¿Terroristas como personas en Derecho?», p. 72.

³⁵ Cfr. JAKOBS, G., «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», en, Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. Verlag C. H. Beck, München, 2000, pp. 50-52.

³⁶ Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano...», cit., p. 47.

En este contexto, Jakobs sugiere que la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional ya que, en esos casos, no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan solo un postulado de realización: esto es, rige el estado de naturaleza y ahí no hay reglas. Esto le conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista (alude expresamente al atentado del 11 de septiembre de 2001) que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persigue la destrucción del orden; dado que el terrorista no garantiza una expectativa de conducta personal, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de «sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho», debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que «hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir»; en consecuencia, se haga lo que se haga en la lucha contra el terrorismo, no hay nada ilegítimo. Y no cabe duda que así lo mantiene: afirma que contra los autores de vulneraciones de los derechos humanos «quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas» hay que concebir «todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal» —«la creación de un orden del derecho a mantener un orden»—, pues no se trata de personas culpables sino de «enemigos peligrosos»; por ello objeta el que se mantenga posteriormente con el infractor, una vez capturado, «la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos», esto es, un uso del Derecho de ciudadanos, una devolución ficticia de su condición de persona. Resulta inquietante esta última reflexión de Jakobs sobre la vigencia global de los derechos humanos ante los supuestos de vulneraciones terroristas; en cierta medida, nos recuerda a las imputaciones que C. Schmitt realizaba a la teoría de los derechos humanos y al concepto de humanidad, en el sentido de que la cláusula de los crímenes contra la humanidad era solo la más general de las cláusulas para el exterminio del enemigo.

III. Espacios legales y judiciales biopolíticos de suspensión permanente de los derechos

Que la excepción se ha convertido en norma generalizada del Derecho penal es una evidencia que muestran, entre otros, los delitos recogidos en los artículos 510, 575, 577.2 578, 579 Cp.

En efecto, el artículo 510 (relativo al denominado incorrectamente «discurso del odio»), los artículos 578/579 (justificación de delitos terroristas o enaltecimiento de sus autores), el 575 (adiestramiento y

adoctrinamiento pasivos y autoadiestramiento y autoadoctrinamiento activos)³⁷, el 577.2 (captación, adoctrinamiento y adiestramiento activos) no solo confirman la virtualidad de la tesis de Jakobs sobre la institucionalización del peligro abstracto y la equiparación entre actos preparatorios y delito consumado sino que, sorprendentemente, llegan aún más lejos de lo pretendido por aquel autor.

Con relación a la letra a) del apartado 1.º del 510, el castigo no se reduce a la incitación directa a la discriminación o violencia, sino que se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio. Al no existir un único bien jurídico sino diversos caracterizados todos ellos por la existencia de un móvil discriminatorio: el derecho a no ser discriminado (igualdad) en los supuestos en los que se incita directamente a delitos discriminatorios; la seguridad, interpretada como peligro para la integridad física, en los casos de incitación directa a la violencia. En ambos casos estaríamos ante un delito de peligro abstracto que no precisa de un resultado de puesta en peligro, no es necesario que la incitación a la discriminación o violencia exija la proximidad de la lesión del bien jurídico igualdad o seguridad del grupo, basta con la peligrosidad de la conducta que se mide *ex ante* en el instante en el que se lleva a cabo la incitación directa. Por el contrario, en los casos de incitación indirecta no existe siquiera un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos sino el peligro de un hipotético peligro, al igual que ocurre con los supuestos de promoción o favorecimiento de sentimientos o de actos discriminatorios o violentos que no sean participaciones delictivas sino meros actos de colaboración en tentativas.

En cuanto al artículo 510, 2.ºb), sanciona el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios. Al equiparar el enalteci-

³⁷ Cfr., el excelente trabajo de CUERDA ARNAU, M. L., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., con Prólogo del siempre admirado VIVES ANTÓN, T., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*. Aranzadi, Pamplona, 2019. Los citados autores concluyen que los tipos contenidos en el artículo 575 son delitos formalmente autónomos y materialmente preparatorios que generan un riesgo abstracto sobre los bienes jurídicos. *op. cit.*, p. 233. Es más, demuestran que se sanciona más gravemente el prepararse para cometer dicho delito que el ejecutarlo en grado de consumación. Cfr. *op. cit.*, p. 234. No menos brillante es la denuncia formulada por POMARES CINTAS, E., «... con la Reforma de la LO 2/2015, el concepto de preparación delictiva adquiere, no ya la máxima expresión, sino otra expresión: permite al sistema de control estatal intervenir en estadios embrionarios, es decir, a las afueras del derecho penal democrático. Se incorporan *injustos autónomos* que no solo prescinden del vínculo organizativo como vector tipificador, sino de la vinculación misma con la comisión de un delito de terrorismo específico (principal), que abandona su estatuto como delito-fin». Cfr. *En las afueras del derecho penal: la persecución del terrorista en estado embrionario* (libro inédito).

miento de los autores de los delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, se genera una modalidad *sui generis* de apología, que no requiere la concurrencia de la lesión, puesta en peligro, o el peligro del peligro para los valores de igualdad, dignidad o seguridad. En resumen, basta con enaltecer al autor o justificar el delito sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos. Por tanto, lo que hace el 510 es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los artículos 578 y 579 del CP.

La sanción penal de la justificación de delitos terroristas o el enaltecimiento de sus autores que no genera un riesgo objetivo de peligro real para la integridad física de las personas es contraria a la tesis defendida por el TEDH. Cualquier otra versión del artículo 578 supondría una vulneración de los criterios legales y jurisprudenciales del ordenamiento europeo, pues se estaría condenando en supuestos en los que no se produce, al menos, una afección indirecta de bienes jurídicos, riesgos personales de terceros o transgresión del ordenamiento constitucional.

La legislación europea edifica los delitos de enaltecimiento del terrorismo sobre la base de los delitos de aptitud o idoneidad que no son clásicos delitos de peligro abstracto sino de peligro concreto para determinados bienes jurídicos. Ese parece también el rumbo que adopta el Tribunal Constitucional al demandar la necesidad de probar un riesgo objetivo para bienes personales en cada supuesto de justificación delictiva del terrorismo. Sin embargo, la Sentencia núm. 112/2016, de Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2016, se aleja de esta solución. Si se sustenta que en estos delitos es imprescindible la creación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, como condición para justificar la injerencia en la libertad de expresión en una sociedad democrática. Si se insiste en que solo es punible como manifestación del discurso del odio cuando se propicia o alienta, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para aquellos valores, cómo puede interpretarse como enaltecimiento, qué incitación directa o indirecta se percibe en la frase pronunciada en el homenaje a Argala: «La lucha armada es imprescindible para avanzar, no gusta a nadie, es desagradable, se va a la cárcel, se es torturado, se puede morir, pero es imprescindible para avanzar».

Si se evalúa al autor de la citada frase, las personas a las que iba destinadas y el contexto en el que se desarrolló, puede concluirse que la citada locución no generaba ni incrementaba la situación de riesgo concreto para personas, derechos o el propio sistema de libertades. Sin embargo, el Tribunal defendió que: «acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

Pese a lo expuesto por el Tribunal, el discurso pronunciado en el homenaje a Argala no responde a la naturaleza jurídica de un delito de aptitud abstracta, no se aprecia indicio alguno de incitación directa o indirecta a la violencia o cualquier otro delito, por el contrario, se está en el ámbito, no sobrepasado, de la libertad de expresión. En esta dirección, igualmente se expresa el voto particular que formula Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2514-2012.

La normalización de la excepción no solo alcanza a las normas penales, algunas decisiones judiciales nos recuerdan que existen espacios biopolíticos en los que los derechos se suspenden de modo permanente. Voy a citar una: el auto de la Audiencia Nacional 336/2014, de 17 de noviembre de 2014, (ponente Enrique López, consejero de Presidencia, Justicia e Interior en La Comunidad de Madrid, que archivó el caso de los vuelos ilegales de la CIA en España³⁸). No se consideró delictivo el

³⁸ Cfr., el impecable y demoledor voto particular formulado por Ricardo de PRADA SOLAESA que, desmontando uno tras otro, todos los argumentos inconsistentes del auto, demuestra la responsabilidad penal de aquellos funcionarios. Es más, otro dato que demuestra el conocimiento que el Gobierno de Aznar tenía sobre la condición de los detenidos ilegalmente y la continua práctica de la tortura a la que estaban sometidos por la CIA, fue la participación de varios policías españoles en la práctica de interrogatorios a detenidos en Guantánamo (como mínimo dos agentes policiales españoles, funcionarios de la Unidad Central de Información Exterior –UCIE– se desplazaron a la base militar de Guantánamo los días 23 y 24 de julio de 2002 y se «entrevistaron» con un detenido, sin previa información de derechos, sin asistencia letrada y sin autorización ni mandato de la autoridad judicial española competente, según reconoce la STS de 20 de julio de 2006 (TOL 984.845). Respecto a la responsabilidad penal del Presidente del Gobierno, Ministros de Exteriores y Defensa, por el momento no hay pruebas de su autorización expresa para el aterrizaje de los vuelos ilegales en territorio español. Todo cambiará cuando que sean desclasificados los documentos relativos al acuerdo de 4 de octubre de 2001 sobre el artículo 5 de

comportamiento omisivo permisivo de unos funcionarios españoles respecto a los aviones de EEUU que hicieron escala en aeropuertos hispanos trasladando a detenidos de forma ilegal y sometiénolos a torturas. Se interpretó que los funcionarios no eran responsables penalmente al no ser dolosa su actuación, ni tan siquiera a título de dolo eventual. El único argumento sustentado para negar la existencia del dolo eventual es que en 2002 no se conocía aún la infracción de la legalidad internacional y la permanente vulneración de los derechos humanos. Argumento poco convincente ya que en 2001 se conocían los programas sobre detenciones secreteas y las «entregas extraordinarias» de la CIA. Es más, el programa de interrogatorios de «detenidos de alto valor» («Programa HVD») o el Programa de Interrogatorios («Programa RDI») comenzó inmediatamente después del 11 de septiembre de 2001. Concretamente, el 17 de septiembre de 2001, Bush otorgó a la CIA inmensas competencias relacionadas con la detención de sospechosos de terrorismo, creación de centros secretos de detención fuera de Estados Unidos con la cooperación con los gobiernos de los países afectados y la disponibilidad de los aliados para que sus aeropuertos fueran utilizados para el traslado de detenidos ilegalmente a centros de tortura de otros países.

la OTAN, o el acuerdo del Consejo de Ministros de enero de 2001. Todo lo anterior no impide que pueda construirse una participación por omisión de garante respecto al delito de detención ilegal del artículo 163 del Código penal y (omisión *sui generis*) con relación al de torturas –art. 176–.

EL PROBLEMA PENAL Y LOS IDEALES EUROPEOS

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho Penal

De las diferentes facetas, y son muchas, que marcan la actividad de Luis Arroyo a lo largo de su vida académica hay una que puede destacarse sin posible discrepancia: el interés por la necesaria dimensión europea del derecho penal y de la política criminal. De ello son buena muestra iniciativas como la creación del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, o sus diferentes trabajos sobre unificación del derecho penal europeo y necesidad de una política criminal común. A no olvidar tampoco su condición de Presidente de Société Internationale de Defense Sociale, que centra su actividad en la promoción de una Política criminal humanista.

Considerando esa faceta de su actividad no puede extrañar que, para contribuir al Libro que se le dedica con motivo de su jubilación académica haya elegido, precisamente, el tema de la Política criminal común europea y su posibilidad, teniendo en cuenta que la legislación penal es también un instrumento, y de primera importancia, en la Política criminal.

I. El euroescepticismo de muchos penalistas

Cuando se debate sobre la posibilidad de alcanzar una armonización razonable del derecho penal y de la Política criminal, son muchos los penalistas que abiertamente estiman que esa es una meta ilusoria y que todo lo que se ha hecho en pro de ese supuesto ideal no pasa de ser puro voluntarismo.

No se trata ya de recordar las dos Guerras mundiales que asolaron especialmente a Europa, sino ya en nuestro tiempo, las dificultades de funcionamiento de instrumentos político-criminales de la importancia

del acuerdo europeo de arresto y entrega, pulverizado en los últimos tiempos por algunos Estados, como Alemania y, especialmente; Bélgica. Las discusiones sobre el reparto de ayudas para paliar los efectos de la pandemia también han dividido a Europa en dos grupos: países del norte y países mediterráneos, Sin olvidar al *brexít*, o a los deseos de algún Estado como Hungría de desentenderse de las obligaciones dimanantes de la condición de miembro de la UE y del Consejo de Europa. En resumen: un panorama desolador, en opinión de muchos, y muy poco propicio para hablar de temas como la Política criminal común.

Pero a pesar de todos esos factores negativos, la UE existe y es fuerte, y negarlo es absurdo. El ejemplo de los efectos de la pandemia es ilustrativo: aunque haya habido divisiones y la UE imponga a España una serie de obligaciones de las que no vamos a tratar, lo cierto es que sería inimaginable el mero intento de salir de la grave crisis económica sin la ayuda de Europa.

Son muchos los que señalan la existencia de una *crisis de los ideales europeístas*, que va mucho más allá de la cuestión penal, pues es de carácter político, y se pregunta por cuántos Estados creen sinceramente en el proyecto de la Unión Europea. La respuesta es compleja. En cualquier Estado europeo hay Partidos políticos que utilizan el tema europeo para fustigar al oponente, o que se nieguen a dar cumplimiento a los compromisos que asumen. Para algunos europeos, como los ingleses conservadores acérrimos, que se dan en ese punto la mano con los más soeces *hooligans* (afortunadamente, unos y otros se van con el *brexít*), o italianos vinculados a las grandes organizaciones mafiosas o acostumbrados al poder omnímodo, o irlandeses que creen que la UE solo está para dar pero no para pedir, polacos ultra católicos que recelan de todo lo que huele a Occidente y liberalismo, holandeses cansados de la flexibilidad de las fronteras, o húngaros que no aceptan los derechos humanos, la repentina desaparición de la UE sería una excelente noticia. Pero muy pronto, al palpar las consecuencias terribles para todos que eso supondría, se arrepentirían.

Es cierto que surgen en Europa movimientos nacionalistas filonazis, y es cierto que hay Estados como Bélgica que son esclavos de sus tensiones separatistas internas y eso les lleva a actitudes que abiertamente violan los Tratados europeos, y, en el caso de Bélgica, tal vez España no ha sabido plantear sus demandas con la debida fuerza, pero a pesar de eso, la UE sigue siendo la mejor organización internacional con capacidad para luchar por *la democracia y los derechos humanos*, y en esa línea

podemos comprender la necesidad y el alcance que ha de tener la armonización del derecho penal.

Y creo que se debe añadir algo más: la crisis provocada por el *brexit* dio lugar a un sólido comportamiento de los Estados europeos continentales, y, otra crisis, mucho más grave, como ha sido y es la pandemia provocada por el coronavirus ha permitido a muchos comprender cuánta y cuán necesaria es la fuerza de la Unión Europea.

La armonización del derecho no puede ser voluntarista y tiene que asumir que no todas las legislaciones penales son iguales, aunque *el volumen de cultura penal común sea muy alto*. Esa cultura se despliega en dos ámbitos diferentes: el de la *legislación* y en el del *pensamiento penal*. La armonización es sin duda un objetivo declarado, y para alcanzarlo se cuenta con instrumentos muy importantes: la UE dispone de recursos jurídicos que no existen en otras organizaciones, pues en muchos campos las instituciones europeas comunes tienen capacidad legislativa que puede vincular a los Estados miembros, pero que no llega a la capacidad de dictar directamente normas penales, pero puede comprometer a los Estados miembros a que legislen en una u otra dirección.

Fuera del derecho penal, la legislación comunitaria goza de primacía sobre las leyes nacionales y se aplica directamente a los Estados y a los ciudadanos y particulares de Europa. Además, la legislación no penal vincula la interpretación de las leyes penales, y eso ha sido reconocido en muchos Estados, entre ellos España, por el TC y por el TS, aunque en algunos otros, como Alemania, cuesta más desplazar la primacía del derecho interno.

II. ¿Una cultura penal común?

Es razonable que se diga que, para posibilitar una política criminal compartida y un acercamiento de las legislaciones penales, es preciso contar con un cultura mínimamente común. Lo que no es tan seguro es que tengan razón quienes sostienen que entre los Estados miembros de la Unión Europea existe una cierta historia común que podrá facilitar esos procesos de aproximación. Sobre esa posibilidad creo que hay que ser muy prudente. Es cierto que el derecho penal de cualquier Estado europeo se parece más al derecho penal de otro Estado europeo que al de un Estado árabe. Pero de eso no se pueden extraer consecuencias exageradas.

Algunos penalistas se muestran contrarios a la armonización del derecho penal positivo, entendiendo que basta y es suficiente con la convergencia en una misma cultura penal, *plasmada en la dogmática* penal. Es una equivocación, pues la «cultura dogmática» es válida solamente para algunos de los Estados de la UE que han construido una cultura penalística abstracta y conceptual, reunida en lo que llamamos dogmática, y eso solo sucede con claridad en Alemania, España, Italia, Austria, Suiza, Portugal, mientras que en otros Estados no es posible encontrar ni siquiera un «lenguaje» similar.

Una parte de Europa ha conocido en algún momento un derecho común, y ese fue el derecho romano, y ese es un hecho que no voy a glosar aquí porque es algo sobradamente sabido. Ahora bien, no es prudente extralimitar la importancia de ese hecho suponiendo que es tan significativo para el derecho privado como para el derecho penal. Es cierto que durante mucho tiempo una gran parte de Europa compartió una misma tradición jurídica (el denominado *derecho común europeo*) nutrido por el derecho justiniano, los textos de los glosadores y el derecho canónico, especialmente el recogido en las Decretales de Gregorio IX. Pero esa importante presencia en la vida civil se diluiría en buena medida a finales del siglo XVIII por la fuerza del Iluminismo y el racionalismo iusnaturalista (Kant, Hegel, etc.), y más aún cuando, entrando en el siglo XIX, se va debilitando el derecho común y se inician *los procesos de codificación en toda Europa*.

Claro está que aquellos eminentes juristas del siglo XIX que impulsaron la codificación tenían una fuerte formación romanista, y eso se plasmó claramente en la legislación civil, pero eso no se puede afirmar *en manera alguna, respecto de la codificación penal*. Esa codificación tuvo otros factores determinantes, y posiblemente se inició con el Código Penal único para Austria, Hungría y Transilvania que ordenó en 1787 el emperador José II, reformado en 1803 por Leopoldo II, que a su vez había promulgado en 1786 el código del Gran Ducado de Toscana. Tras estos Códigos claramente influenciados por el pensamiento ilustrado vendrían el Código penal francés de 1791 –hijo de la Revolución– el Código penal holandés de 1809, el francés napoleónico de 1810, el de Baviera de 1813 (redactado por Feuerbach) el de las Dos Sicilias de 1819, el de España de 1822, el de Prusia de 1851, el del Reino Lombardo Veneto de 1851, el de Portugal de 1852, etc.

A lo largo del siglo XIX, con las diferencias comprensibles entre Estados, dependiendo del factor dominante, como pudiera ser el autoritarismo en Prusia o el catolicismo en España y en los Estados italia-

nos, se fue configurando el *pensamiento penal europeo*, que, en opinión de los muchos, *especialmente, en el mundo latino*, se articula sobre algunos concretos hechos intelectuales transcendentales como fueron la obra de Beccaria, seguida del clasicismo hasta llegar al positivismo naturalista. Paralelamente se desarrolló el clasicismo y el positivismo alemán, sin olvidar los especiales caracteres del clasicismo francés o español.

Si de señalar nombres esenciales se trata, la relación sería muy amplia, y, aun a riesgo de imperdonables olvidos, creo que se puede sostener que las bases esenciales de la cultura penal europea se encuentran, con diferencias de incidencia en cada lugar, en el clasicismo alemán (Feuerbach, C. J. A. Mittermaier, Binding y ya en el siglo xx, los autores adscritos a la *Werthphilosophie*, como Radbruch o Hippel) e italiano (Carrara, Pessina, y antes, Beccaria y Filangieri) y en el positivismo alemán (Von Liszt) e italiano (Lombroso, Ferri), en todas sus manifestaciones y versiones.

Por supuesto que la relación podría ampliarse especialmente en lo que concierne a España, pero esa es otra cuestión. Las singularidades españolas también se notaron en los variados pensamientos que tuvieron influencia en la conformación de nuestra cultura penal. Solo para recordar brevemente, pensemos en lo diferentes que fueron Bentham, Rossi, Pessina, Roeder o Ferri, y de todos ellos pueden mostrarse ejemplos de recepción de sus ideas.

En el siglo xxi sería negar la realidad sostener que los antecedentes culturales penales europeos se encuentran en algo común y anterior a los hechos intelectuales y legislativos del siglo xix, que no son idénticos en todos los países. Sin duda que antes del siglo xix hubo pensamiento penal, pero lo que significó para lo que sería derecho penal codificado es realmente limitado. Por lo tanto, la invocación de una cultura común puede resultar exagerada, pero, en cambio, es un hecho visible, con las excepciones que sabemos, la aceptación de los principios plasmados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y la jurisprudencia emanada de su intérprete máximo que es el TEDH.

No puedo dejar de referirme a la pretensión de colocar al cristianismo como cultura común europea, que cobró fuerza por los tiempos de la discusión sobre el proyecto de una Constitución para Europa (lamentablemente, abandonado). Por aquel entonces fueron muchas las voces que, especialmente en España y por parte del Partido Popular y grupos próximos a la Iglesia, exigían que dicha Constitución mencionara ex-

presamente al cristianismo como primera base cultural de Europa. No prosperó, a pesar de que en todos los Estados de Europa la religión es, de una u otra forma, cristiana. Y lo cierto es que se trataba de una pretensión carente de sentido, sin cuestionar que exista una presencia detectable del cristianismo, que, por supuesto, no tiene nada que ver en cómo se manifiesta en Escocia o en Suecia y cómo se vive en España o en Grecia.

Pero es que, además, Europa tiene una memoria colectiva en la que las guerras y la represión por causas religiosas ha estado trágicamente presente. Hace casi cuatro siglos que se firmó la Paz de Westfalia, para disgusto de la Iglesia, encabezada a la sazón por Inocencio X. Con ella se puso fin a la Guerra de los Treinta años, que había ensangrentado Europa durante mucho tiempo, y que tenía, entre otras causas, las diferencias religiosas. Evidentemente, aquellos Tratados no tenían como objetivo único colocar a la Religión y a la Iglesia en su justo lugar, pero era indudable que las guerras que los precedieron tenían un componente religioso, y ahí se situaba el deseo de los Habsburgo, españoles y austríacos, por imponer el catolicismo en todos sus dominios a sangre y fuego. A eso se añadían los intereses estratégicos y políticos de Inglaterra, Suecia y Dinamarca, en los que se mezclaban la cuestión religiosa (especialmente en la Suecia del luterano Gustavo II Adolfo, que murió en la batalla de Lützen en uno de los episodios más importantes de la Guerra de los Treinta Años) y el deseo de impedir la extensión de los Imperios hispano y austríaco, propósito para el que contaron con la ayuda indirecta de un Estado católico como Francia desde los tiempos del Primer ministro católico de Luis XIII, Armand-Jean du Plessis, Cardenal Richelieu.

Con la Paz de Westfalia, valorada desde la atalaya del tiempo, se terminaba con un enfrentamiento entre los que creían que era preciso reconocer principios universales y supranacionales, esencialmente plasmados en el cristianismo, frente a otra en la que lo esencial era *que cada individuo y cada nación disfrutara de la igualdad y del respeto a la diversidad*, tanto en opinión política como en opción religiosa. Precisamente por eso es común señalar a aquellos Tratados como un momento fundamental en la historia de la moderna concepción de Europa, a pesar de los muchos años que habrían de durar las monarquías absolutas, pero se decidió respetar la opción que cada Reino o Principado hiciera, y, lo que es más importante, dejar a la Religión fuera de los motivos formales de disputa. Cuestión diferente es que la presión sobre los súbditos de cada Estado que no quisieran seguir la religión del Rey o Príncipe (en

nombre del principio *cuius regio, eius religio*) no disminuyera más que con el paso del tiempo.

La cultura común europea que merece ser reconocida y respetada creo que ha de ser otra: la que nace de la experiencia terrible de la II Guerra Mundial, y las victorias sobre el nazismo y el fascismo, experiencia que alumbró el Consejo de Europa, y, con el tiempo, la UE, con su correspondientes declaraciones jurídicas programáticas: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, a su vez, reafirma al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa. Creo que esa es la «cultura común» de la que los europeos han de sentirse orgullosos, a la vez que preocupados por sus frecuentes incumplimientos, y que pueden ser las fuentes o bases inspiradoras de una política penal común.

Tal vez pueda sorprender la mención a derechos humanos «europeos», cual si los no europeos no participaran de ellos. Por supuesto que no quiero decir eso. Se trata tan solo de un modo de referirse a una «sociedad civil europea», conformada por ellos. La riqueza cultural de Europa procede precisamente de no ser un cultura única sino una *pluralidad cultural unida*, que no es lo mismo. En común solo hay una «memoria» y los mentados derechos, y eso es suficiente para creer en la posibilidad de compartir una identidad política y unos objetivos comunes para el territorio y para sus ciudadanos.

Las tradiciones legales son todavía muy fuertes y el Parlamento Europeo, y conviene recordarlo, ha tenido que pedir a diferentes Estados miembros que prosigan sus esfuerzos destinados a mejorar la situación de los niños, los homosexuales, sobre todo eliminando las disposiciones penales discriminatorias existentes en el Derecho penal de muchos Estados. La conclusión que se deriva de la contemplación de ese panorama es, aparentemente, pesimista: ni es posible sostener la existencia de una cultura jurídica común ni tampoco es posible esperar similitudes entre los sistemas penales de cada Estado.

Ese pesimismo inicial debe ser abandonado porque también se dan factores positivos, comenzando por el primero de todos ellos y *conditio sine qua non*: todos los Estados de la UE están de acuerdo en la necesidad de aproximar los sistemas penales. Europa se muestra como una realidad palpable para los ciudadanos (elecciones al Parlamento, moneda común para muchos, sistema político parecido en muchos Estados, política común de defensa, presupuestos de gasto e ingreso, libre circu-

lación, ayudas europeas a diversos sectores, etc.), pero todavía no ha llegado a tener la *fuerza identificadora del Estado-nación* tradicional. Pero eso no debe ser motivo de especial preocupación, porque *Europa no tiene que pretender ser un «Estado común»*, sino una red de armonía, unión, solidaridad y esfuerzo compartido, y sin duda lo es, y de nuevo cito la actual situación generada por la pandemia, en la que solo los fondos europeos pueden ayudar a salir del grave trance en que se encuentran muchos países europeos, entre los que destaca España.

III. El europeísmo penal

Bajo esa etiqueta se ha reunido una muy amplia relación de ideas y de movimientos. En de armonización del derecho penal es imprescindible situar en cabeza a un gran penalista, amigo de Luis Arroyo y mío, como de otros muchos penalistas españoles, que fue Klaus Tiedemann desgraciadamente desaparecido en 2018, a quien se deben los más sólidos trabajos en pro de la conformación de un derecho penal europeo común.

La idea de que Europa tiene que unirse a través del derecho tardó en ser asumida, pues el origen (La Comunidad Económica o Mercado Común europeo) fue marcadamente económico y comercial. El tránsito de la llamada «Europa de los mercaderes» a la de «Europa de los ciudadanos», comportaba la aproximación del derecho, idea que recibió un gran impulso en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. Por supuesto que nadie ha defendido la inviable e innecesaria vía de reclamar leyes comunes para toda Europa, y por eso la palabra «unificación» solo puede entenderse como aproximación o armonización.

Frente al deseo de armonizar y de acercar sistema legal y política criminal se ha alzado siempre el *euroescepticismo*, que, como sabemos, ha triunfado en el Reino Unido, que afortunadamente ha dado fin a su pertenecía a la Unión Europea, acabando con una situación incomprensible y posiblemente nociva, respetando las opiniones que entiendan otra cosa. Problema diferente es la existencia de muchos grupos más o menos ocultos que no tienen ningún interés en reducir competencias nacionales o compartir las decisiones en materia de legislación penal y de determinación de objetivos político-criminales. Para eso sectores lo único que es necesario es un sistema ágil de extradición, y ahí se acaba la cooperación, con alguna puntual excepción para temas como el terrorismo islámico o el tráfico de drogas.

A pesar de todo, el tiempo ha demostrado que existe una constante línea de ampliación de la fuerza y presencia de la Unión. La vía de las Directivas fuerza a los Estados miembros a adecuar su legislación penal (así, por ejemplo, en materias de protección de los intereses financieros de la Unión o de protección del ambiente). Cuestión diferente es que instrumentos como el mandato europeo de arresto y entrega fracasen en demasiadas ocasiones, o que principios como el de libre circulación de personas y capitales no logren ser plenamente digeridos por las autoridades tributarias, como sucede en España con la resistencia de la Agencia Tributaria a respetar actividades de españoles en otros Estados de la Unión.

1. *El nacionalismo penal*

Hay quien echa la culpa a la crisis económica, otros, en cambio, ven el alza de los nacionalismos y los populismos, pero lo cierto y real es que, en opinión generalizada, las condiciones para llegar a políticas penales comunes son en la actualidad malas. Sin duda es bastante cierto, y no solo puede alcanzar a la unificación penal, sino que se ha puesto de manifiesto en el proceso de integración europeo, a causa de las grandes diferencias culturales entre Estados.

Un avance, como es el derecho a la libre circulación que se reconoce a todos los ciudadanos de la UE ha tenido que ser cercenado, y se contempla en diversas legislaciones la posibilidad de expulsión de comunitarios, lo que algunos ven como un paso atrás. El aumento del paro en muchos países de la UE ha propiciado actitudes de rechazo hacia ciudadanos extranjeros comunitarios que buscan trabajo. En ese marco resulta difícil, se dice, que los países de Europa puedan evolucionar unidos y funcionar como una auténtica unión, porque para eso se necesita una solidaridad entre ellos y sus respectivas sociedades, de manera que a nadie le sea absolutamente ajeno el problema del otro.

El problema real y peligroso es que en muchos Estados existen grupos de población, debidamente animados por algunos partidos políticos por intereses específicamente suyos, que ven a Europa como una fuente de peligros para sus «identidades» nacionales, y, lo que es peor, como la causa de los problemas económicos que sufren. El *Brexit* ha sido el máximo exponente de esa manera de pensar y actuar (y está por ver cómo le va a Inglaterra fuera de la UE), pero no es el único, ya que, en otros lugares de Europa, como Hungría, Polonia o, incluso, en Italia y

Austria, se han podido oír discursos demagógicos que lanzan la idea de que el abandono de la UE es la fórmula mágica para resolver todos los problemas nacionales. Ese es un tema complicado y que no puedo analizar en este lugar, a pesar de que, como criterio general, pareciera que lo mejor es que el Estado que no desee estar en la UE la abandone antes que perjudicarla, pagando, como es lógico, la factura de salida.

Los brotes de antieuropeísmo, y es fácil comprobarlo, van acompañados de ornamentos significativos. El primero es su *agresiva y demagógica irracionalidad*, y ahí se sitúan muchos de los fenómenos que, curiosamente, convergen en el odio a lo que significa para las personas la Unión Europea y el conjunto de derechos proclamados por ésta y por el Consejo de Europa. El otro factor caracterizador de esas actitudes es la abierta opción por el populismo punitivo, que, como todo populismo, odia la idea de que todos los individuos gozan de un conjunto de derechos y deberes iguales, o, lo que es lo mismo, el Estado social de Derecho que promueven, a mi juicio, las grandes Cartas europeas a las que antes he hecho mención.

Y todo eso alcanza al derecho penal. Nada tiene de extraño: *el derecho penal no es un epifenómeno* ajeno a la realidad que le circunda, y si en ésta triunfa la demagogia populista, también lo hará en el derecho penal. Esa «contaminación ambiental» se ha repetido a lo largo de la historia, por lo tanto, *nihil novus sub sole*.

Pero el auténtico triunfo del nacionalismo y del populismo sería que se abandonara la idea de que el derecho penal es una construcción jurídica y social, que descansa en una cultura jurídica razonablemente compartida, que se integra como patrimonio intelectual de toda Europa y que pieza irrenunciable del Estado de Derecho y *de la construcción europea*.

2. *El supuesto derecho penal comunitario y la aproximación progresiva de los sistemas penales: sus límites*

Al calor del discurso a favor de la europeización de los derechos penales nacionales se ha producido, a veces, un salto cualitativo consistente en referirse a un «derecho penal europeo», *que actualmente no existe*. Como licencia de lenguaje es comprensible que haya penalistas que aludan al «derecho penal comunitario», producido por el simple hecho de que el conjunto de reglamentos y directivas de la UE determinan con creciente fuerza los contenidos y la interpretación de los

derechos nacionales. A las directivas que inciden en materia penal hay que añadir las que se refieren a cooperación judicial y policial y que (teóricamente) obligan a los Estados miembros.

Por otra parte, hay ya algunos ejemplos importantes en orden a apreciar la unidad de criterios, y la coincidencia en relación con unos mínimos imprescindibles como pueden ser la abolición de la pena de muerte en todos los Estados de la UE, o las garantías del proceso y los derechos de los presos, conforme a la doctrina del TEDH. Para avalar esa posibilidad podría invocarse también un argumento *formal*, a saber: la zona común vendrá impuesta por el cumplimiento de los acuerdos que se toman en el seno de la UE en muchas materias, en cuya relación no voy a entrar porque sería tan largo como enumerar todas las reformas penales que es su causa encuentran decisiones supranacionales tomadas por la UE.

Ciertamente no puede decirse que la pertenencia de un Estado a la UE obligue a describir todos y cada uno de los delitos de su Código penal con arreglo a un modelo fijado en una Directiva o, anteriormente, en una Decisión-Marco. Los compromisos supranacionales obligan a una muy amplia relación de normas penales y procesales, y, por supuesto, determinan la configuración o la obligación de inclusión de un cierto número de delitos, en todo caso muy importantes, por supuesto. Pero no son «todos los delitos».

Faltan coordinaciones legislativas en muchas materias y, además, cualquier Estado de la UE conserva, además, libertad legisladora para decisiones de gran importancia, como aumentar o reducir el recurso al derecho penal entendiendo que ese recurso se traduce en el número total de conductas que se califican como delictivas, o potenciar la vía de otros derechos especialmente el administrativo sancionador. Hay que tener en cuenta que, en muchas de las decisiones europeas, lo que se recomienda a los Estados es que prevean en el derecho interno la imposición de sanciones *suficientemente disuasorias*, lo cual quiere decir que cada Estado es libre de elegir entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo. Lo mismo podría decirse del recurso a la prisión preventiva, y de la implantación de penas diferentes de las privativas de libertad.

¿Sería posible alcanzar armonía o analogía de criterios también en esas materias? Es verdad que cada Estado tiene sus propios problemas, y no pueden compararse las sociedades solo porque pertenezcan a organizaciones supranacionales comunes por muy regionales que sean, y basta comparar los problemas de la cuenca mediterránea con los de los países

escandinavos pertenecientes unos y otros a la UE. Por lo tanto, *no es razonable pensar que se pueden ejecutar políticas criminales comunes en su totalidad*, además de que en todos los Estados democráticos es obligatoria la periódica celebración de elecciones, y eso, que es una conquista irrenunciable, parece agarrotar la capacidad de decisión de los gobernantes, y, de ese modo, las ideas de «conveniencia coyuntural» se imponen sobre cualquiera otra, y así no es hoy posible la proyección a medio plazo de una política criminal.

Es innegable que el acervo de tipicidades penales derivadas de indicaciones de la UE es cada vez mayor, y eso, en sí mismo es un *triunfo del ideal de armonización*. Pero no se puede olvidar que la realidad del derecho penal no depende solo de las normas, sino de la efectividad de la persecución y de la *dureza de las penas que se imponen*. En materia de hurtos, robos no violentos y defraudaciones patrimoniales, y *es solo un ejemplo*, las penas que permite imponer el Código español son, posiblemente, las más severas de entre todos los Códigos de la UE. Pero las *especialidades nacionales* no terminan ahí, pues en las leyes penales estatales tiene que haber delitos cuyo sentido último guarda relación solamente con los problemas concretos que sufre ese Estado (por ejemplo: mayores o menores problemas de criminalidad organizada o de inmigración clandestina y explotada).

En la ciencia penal se defienden ideas como la caracterización jurídica del derecho penal como derecho penal del hecho y de la culpabilidad, que se dice que están tan enraizados como las bases históricas de la cultura occidental o son tan intangibles como el sufragio universal. La explicación es sencilla, y es también justa, pues hay una convicción amplia apoyada en la experiencia según la cual, esos principios no son fruto del capricho, sino conquistas equiparables a los derechos del hombre, y un sistema penal que no los respete estará inexorablemente pervertido. Y con parecido énfasis al que se pone en la defensa de los principios caracterizadores, otro tanto se hace con los limitadores o racionalizadores, de la índole de la claridad y taxatividad de las leyes, de no abusar del derecho penal, y que la certeza o seguridad jurídica dominan en la interpretación y aplicación de las leyes, pues solo lo predecible –aunque no solo por eso– puede alcanzar la condición de justo. La importancia que, en estas materias, ha tenido y tiene la jurisprudencia del TEDH ha de estar fuera de duda.

Pero, desgraciadamente, las excepciones no terminan ahí en las especialidades nacionales a las que antes me refería. El voluntarismo de muchos penalistas los lleva a creer que existen «conquistas» del dere-

cho penal que están ya aceptadas por todos los sistemas penales nacionales, como puedan ser la proscripción del derecho penal de autor, de la culpabilidad por el carácter, o de la represión sin posibilidad de recuperación como sucede con la pena de cadena perpetua, en muchos casos, sustituta de la pena de muerte.

A eso debemos añadir una crisis del *derecho penal garantista* que hoy se ve amenazado por muchos partidarios del regreso a sistemas de peligrosidad incluso sin delito, y a prescindir de la proporcionalidad a favor de la pura concepción intimidatoria de la prevención general. Todo ese movimiento viene provocado por un creciente clima de miedo fundado o infundado a la «inseguridad» y a la fuerza de la criminalidad organizada. Ese es el ambiente en el que se justifican los que desean una reformulación de los principios garantistas. Por ejemplo, se dice que la pena ha de ser proporcional al hecho, pero el hecho no ha de ser la infracción concreta, sino la dedicación profesional al delito como forma de vida. En la misma línea se dice que las reacciones punitivas han de contemplar esa dimensión total del problema, excluyendo cualquier clase de «benignidad» ante la exigencia de las víctimas potenciales de que se cree un clima de seguridad. En suma: todas las repercusiones que tiene el hecho delictivo en los sujetos directamente afectados, así como en el conjunto de la sociedad en la que se produce, ha de plasmarse en la especie y cantidad de castigo.

Otro grave problema: la UE no ha podido ni podría controlar el vertiginoso crecimiento de los derechos penales nacionales, y España, en esa materia, es de los Estados que pueden ponerse como peor ejemplo de esa tendencia. Es cierto, y eso es positivo, que las políticas comunes de la UE en muchas materias (medio ambiente, finanzas, blanqueo de dinero, información económica, lucha contra la corrupción, migraciones ilegales, contratación pública, etc.) han dado lugar a reformas ampliatorias de las leyes penales y a la creación de nuevos delitos. Pero eso no justifica el desbocado crecimiento del derecho penal en los últimos años ni la tendencia de los gobernantes a responder con nuevas leyes penales a todo conflicto que se presente.

Es triste poder decir que hay algo que también se puede incluir como muestra de convergencia de las políticas criminales de los Estados de la UE: la continuada transgresión del principio de extrema ratio. Ante esa realidad de legislación penal inflacionaria cada vez resulta más difícil la tarea de los juristas cuando quieren defender que es posible una Política criminal eficaz y renovada acorde con el respeto a los derechos, principios y garantías propios de la cultura penal occidental.

IV. La política criminal común en tiempos de crisis

Son muchos los que opinan que mucho más importante que la armonización de las leyes es la coordinación de las políticas criminales. La pertenencia a la UE determina, y creo que está fuera de duda, que tiene que haber una Política criminal compartida en relación con un grupo importante de problemas, y eso en nada afecta a la soberanía (penal) estatal, sino que simplemente, y no es poco, obliga a ser coherentes con un compromiso común. ¿Pero existe en Europa una política criminal común?

La Política criminal es actuación del Estado y los poderes públicos por medio del derecho penal y otros instrumentos en pro de la consecución de una convivencia con los menores conflictos posibles, que genere eficaz protección de los bienes jurídicos más importantes, y que no suponga un uso excesivo o innecesario de la represión punitiva, y exige, como es lógico, ciertos y concretos puntos de partida ideológicos, que a la postre acaban siendo los que se acogen bajo los conceptos de derecho penal mínimo, *ultima ratio*, o, muy importante, la necesidad de no caer en la tentación de pretender establecer a través del derecho punitivo pautas morales de conducta que ni le corresponden ni se explican en nombre de la Constitución que lo respalda. Aceptada esa idea habrá que entender que la Política criminal europea ha de ser también eso, pero desde una óptica superior y diferente, pero con una diferencia importante: *sin la capacidad inmediata de crear leyes penales*, pues estas han de ser nacionales.

El Tratado de la Unión Europea, y posteriormente, la llamada y frustrada Constitución europea, que tan azarosa evolución tuvo, proclaman la idea de que la Unión puede y debe proponer a sus miembros la adopción de normas penales, y no solo ya en las tradicionales materias de terrorismo, tráfico de drogas y blanqueo de dinero, sino en cualquiera otra que sea precisa para la construcción del espacio común, como puede ser, por ejemplo, la formulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunos quieren ver en ello una especie de cercenamiento de la soberanía estatal para decidir qué se castiga y cómo se tipifica cada conducta punible; pero de nuevo estamos ante una crítica infundada.

Esas leyes penales se suponen coherentes con los objetivos político-criminales y para eso es imprescindible contar con una Política criminal *concreta y definida*, pues de lo contrario no es posible saber cuál es el objetivo. Pues bien, *en Europa no puede hablarse de una Política crimi-*

nal única y común, sino que muy diferentes sectores de problemas han ido siendo objeto de Directivas, Acciones, Decisiones, recomendaciones, que permiten hablar de criterios europeos sobre esa determinada parcela. Paralelamente cada Estado, y España también, ha recibido y adaptado su derecho a esas indicaciones de acuerdo con los principios que dimanen de la respectiva Constitución u orden equivalente, todo dependiendo del mayor o menor acierto de los legisladores nacionales.

Nadie discute que toda ley penal ha de obedecer a una política criminal, aunque eso no se explicita, o sea una política equivocada o sectaria, pero lo que es obligado aceptar es que las ideas y recomendaciones europeas se han de superponer a las propias políticas criminales de cada Estado o reorientarlas, en pro o, al menos, como contribución a una Política criminal común, y la razón creo que es fácil de compartir: no es posible una asociación superior a las sociedades nacionales sin un sistema jurídico que la aglutine y no es posible que ese sistema perdure si no sigue una línea política compartida, y también una política común en materia de criminalidad.

Ante ese «ideal» se cruza la indiscutible crisis que azota Europa (pese a que sigue siendo un rincón del mundo privilegiado comparativamente). La situación en la que estamos, que es de todos conocida, y nunca el nivel medio de conocimiento de los «problemas económicos» había sido tan alto. Los cierres de empresas, la destrucción de trabajo, el aumento del paro, el colapso financiero, etc., llenan el horizonte de negros nubarrones. Naturalmente ese panorama de hechos ha de afectar a la realidad sobre la que tiene que incidir el derecho y la justicia penales, pues no es preciso ser un adivino para presagiar un aumento de la criminalidad y, en paralelo, un crecimiento de la demanda de seguridad y de exigencia de respuestas represivas. Igualmente se puede temer que, dentro de la política de ahorro de recursos públicos, salgan malparados los mecanismos de prevención del delito en importantes campos de actuación, desde la seguridad ciudadana hasta el control del daño medio ambiental.

Estamos, sin duda, ante una situación muy grave, pero más grave aún sería que se aprovechara la ocasión para retroceder en todas las conquistas que el derecho penal había logrado en el siglo xx y el inicio del xxi. Una somera mirada al pasado más cercano muestra, entre otros hechos, la implantación, en algunos Estados, de políticas de especial dureza, en especial contra los inmigrantes, lo que culminó con la Directiva europea de retorno de inmigrantes indocumentados 2008/115/CE, con lo que, entre otras cosas, se daba la razón a los que sectariamente

colocan en primer lugar de la lista de causas de la delincuencia, a los inmigrantes.

Otro tanto sucede con la libertad de circulación e instalación de personas y empresas, lo que es objetivamente un buen avance. Cuestión diferente es el debate sobre si se puede limitar el derecho a la libre circulación y la instalación en otro Estado sin ninguna clase de condición o si, por el contrario, es posible introducir límites o condiciones que limiten esa posibilidad o, enlazando ya con los problemas de orden público, consientan la expulsión de comunitarios.

Es posible que en el contexto de la crisis económica se esté produciendo a la vez un doble fenómeno: aumento del euroescepticismo y la confianza en que solo la fortaleza de la UE nos puede sacar a todos de la crisis. El derecho a la seguridad frente a la criminalidad ha de ser compatible con el «derecho a la seguridad del particular frente a los poderes públicos»; en otras palabras, debe conjugarse con los derechos y con las libertades individuales, sacrificables solo en los casos en los que ellos no sean absolutamente intangibles (como en cambio es el caso de la prohibición de la tortura o tratamientos inhumanos) y en la medida en que resulte estrictamente necesario, según los específicos criterios de las sociedades democráticas. La prevención y la de tutela de los derechos, son ambas funciones propias tanto de la Unión Europea como de cada uno de los países que la integran.

Esperemos que el tiempo confirme que la UE será capaz de mantener el mayor espacio de progreso y bienestar que ha conocido la historia de la humanidad.

LA PANDEMIA DEL COVID-19: ¿INSTALANDO EL CORONOPTIKÓN?¹

MARCELO A. RIQUERT

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina

«La pandemia de la COVID-19 no es más que el síntoma de una enfermedad más grave, que alcanza a la humanidad en su respiración esencial, en su capacidad de hablar y de pensar más allá de la información y el cálculo» (Jean-Luc Nancy)²

I. Introducción: la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19

Recuerda Maristella Svampa, la del coronavirus no es, por cierto, la primera pandemia de la historia³ pero, sin embargo, nunca vivimos en

¹ Al momento de pensar en un homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero no puedo dejar de lado que mi primer contacto personal fue en el marco de sus clases sobre «Derecho Penal y Constitución», del Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca que dirigió el Prof. FERRÉ OLIVÉ, en el mes de diciembre de 2000. La temática vinculada a un derecho penal acorde a un estado social y democrático de derecho es un lugar común en toda su obra. Por eso me pareció oportuno tocar nuevamente un tema actual donde, justamente, bajo el imperativo de la necesidad de tomar medidas de prevención sanitaria se ponen en juego los límites tolerables de la tensión entre aquella y el poder punitivo. El presente trabajo es una versión modificada y actualizada del artículo «Coronavirus: entre la prevención y el ciberpatrullaje», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, dirigida por E. R. Zaffaroni, ed. La Ley, Bs. As., Año X, núm. 11, diciembre de 2020, pp. 15-30.

² NANCY, en su obra «*Un virus demasiado humano*», trad. de Víctor Goldstein, ed. La Cebra, Bs. As., 2020, p. 10.

³ SVAMPA, en su artículo «Reflexiones para un mundo post-coronavirus», pub. original en *Nueva Sociedad*, edición del 6 de abril de 2020, reproducido en la obra recopilatoria *La Fiebre. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*, ed. ASPO, La Plata, Argentina, abril de 2020, pp. 17-18 (disponible en <http://www.ramona.org.ar/node/69811>). Allí, señala la autora citada que el mundo ha conocido muchas otras pandemias, desde la peste negra en la Edad Media, pasando por las enfermedades que vinieron de Europa y arrasaron con la población autóctona en América en tiempos de la conquista (ya sea por la gripe, el sarampión o el tifus murieron entre 30 o 90 millones de personas), hasta las más recientes y habitualmente evocadas para referirse al tema, como la gripe española (1918-1919), la gripe asiática (1957), la gripe de Hong Kong (1968) y el VIH/SIDA (desde la década de 1980). Ya en este aún joven siglo, el SARS (2002), la gripe porcina AH1N1 (2009), el Ébola (2014), el MERS (coronavirus 2015) y la que ahora nos ocupa, el COVID-19.

estado de cuarentena global ni pensamos que sería tan veloz la instalación de un Estado de excepción transitorio, un «Leviatán sanitario», por la vía de los Estados nacionales. Esto plasmó en que, para abril de 2020, casi un tercio de la humanidad se encontró en situación de confinamiento obligatorio, se cerraron fronteras externas, se instalaron controles internos y se expandió el paradigma de la seguridad y el control⁴. Al momento de enviarse estas líneas, colaborando al merecido homenaje al Prof. Arroyo Zapatero, lo que ha podido observarse es que tales medidas han ido relajándose y reinstalándose según fuera cambiando la situación epidemiológica, hablándose ya de la segunda e, incluso, tercera ola de contagios, según la región del mundo que se trate, atendiendo a diferentes mutaciones del COVID-19 (británica, brasileña, sudafricana) que han variado su agresividad y consecuencias, a la vez que se va conviviendo con el surgimiento de los procesos de vacunación, cuya masificación está ciertamente condicionada por la realidad económica de los diversos países, por lo que la nota que prima es la de la desigualdad.

Puede acotarse que las voces críticas para con las duras medidas sanitarias fueron pocas y algunas de ellas, aunque calificadas, se expusieron tempranamente argumentando sobre la base de un pronóstico de situación que, luego, demostró ser errado (lo antes reseñado lo demuestra con elocuencia). Ello, en el marco de «una proliferación propiamente viral de discursos» que, como dice Nancy, ha sido justo objeto de crítica en la urgencia de la inquietud y ante una repentina pérdida de puntos de referencia⁵.

Así, el caso del reconocido filósofo italiano Giorgio Agamben, quien a fines de febrero de 2020, sobre un esquema que partía de señalar que solo en el 10-15 % de los casos puede desarrollarse una neumonía y que alrededor del 4 % requeriría una hospitalización con cuidados intensivos, planteaba la inexistencia de una epidemia en Italia y se preguntaba: «Si esta es la situación real, ¿por qué los medios de comunica-

⁴ SVAMPA, antes citada, p. 18. Aclara que, ante la emergencia, este Leviatán sanitario transitorio, se presenta con dos rostros. Por un lado, es evidente el retorno de un Estado social. Medidas que implican una intervención decidida del Estado, se toman tanto por gobiernos con Estados fuertes –Alemania y Francia–, como por gobiernos con una marcada vocación liberal, como Estados Unidos donde la situación es de tal gravedad, ante la pérdida de empleo y los millones de desocupados que genera la pandemia, que incluso los economistas más liberales están pensando en un Segundo *New Deal* en el marco de esta gran crisis sistémica. Por el otro lado, este Leviatán viene acompañado del Estado de excepción que traduce en los mayores controles sociales visibles en diferentes países bajo la forma de violación de los derechos, de militarización de territorios, de represión de los sectores más vulnerables (pp. 19-21).

⁵ En «*Un virus...*», ya citado, p. 7.

ción y las autoridades se esfuerzan por difundir un clima de pánico, provocando un verdadero estado de excepción, con graves limitaciones de los movimientos y una suspensión del funcionamiento normal de las condiciones de vida y de trabajo en regiones enteras?»⁶.

En su consideración confluían dos factores que pueden ayudar a explicar «este comportamiento desproporcionado» frente a lo que «según la CNR es una gripe normal, no muy diferente de las que se repiten cada año, es sorprendente». En primer lugar, una tendencia creciente a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno. El otro, que califica de no menos inquietante, es el estado de miedo que evidentemente se ha extendido en los últimos años en las conciencias de los individuos y que se traduce en una necesidad real de estados de pánico colectivo, a los que la epidemia vuelve a ofrecer el pretexto ideal. Así, afirma, «... en un círculo vicioso perverso, la limitación de la libertad impuesta por los gobiernos es aceptada en nombre de un deseo de seguridad que ha sido inducido por los mismos gobiernos que ahora intervienen para satisfacerla»⁷.

Apenas un par de días después, desde Francia, Jean-Luc Nancy le contestaba que, en aquel diagnóstico, había olvidado «que para la gripe «normal» tenemos una vacuna de eficacia probada. Y esto también necesita ser adaptado a las mutaciones virales cada año. A pesar de ello, la gripe «normal» siempre mata a varias personas y el coronavirus para el que no hay vacuna es claramente capaz de una mortalidad mucho mayor. La diferencia (según fuentes del mismo tipo que las de Agamben) es de 1 a 30: no me parece una diferencia pequeña»⁸. Para fines de junio de 2020 y, por suerte, ya con una curva en declive luego de medidas mucho más duras que aquellas de febrero, en momentos en que colapsó su sistema sanitario, en Italia se habían registrado más de 241.000 contagios y cerca de 35.000 fallecimientos por el coronavirus. El amesetamiento posterior se reveló en que, para el 13 de agosto, los contagios ascendían a 251.713, con 35.225 fallecimientos y 202.697 recuperados. Por cierto, tras el verano europeo y el relajamiento de las medidas preventivas, sobre fines de año asistimos a lo que se ha dado en llamar la «segunda ola» de contagios que han disparado aunque con

⁶ AGAMBEN, en su artículo «*La invención de una epidemia*», pub. originalmente en «Quodlibet.it» el 26 de febrero de 2020, reproducido en la compilación «Sopa de Wuhan. Pensamientos contemporáneos en tiempos de pandemias», ed. ASPO, La Plata, Argentina, marzo de 2020, pp. 17-18. Disponible en <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23684/sopa-de-wuhan.pdf>.

⁷ AGAMBEN, ya citado, p. 19.

⁸ NANCY, en su artículo «*Excepción viral*», pub. originalmente en «antinomie.it» el 28 de febrero de 2020, reproducido en la citada compilación «Sopa de Wuhan...», p. 29.

leve baja en el índice de mortalidad (y ya, insistimos, se habla de una tercera ola consecuencia de las mutaciones del virus). En el mencionado caso italiano, a mediados de diciembre había 1.906.377 contagios, con 76220 fallecidos y más de 1.200.000 recuperados⁹. El fenómeno se replicó en todos los países del norte y proyectó el incremento de las cifras en modo exponencial¹⁰, mientras el sur del planeta empieza su propia temporada de calor y espera afrontar similar tramo con las vacunas que, por esos días, habían comenzado a dispensarse en varios países, como Gran Bretaña, Rusia y Estados Unidos. A comienzos de 2021 el problema es la incapacidad de la oferta de satisfacer la demanda de vacunas, los planes trazados por los distintos gobiernos se frustran por los incumplimientos de los proveedores, cuyos envíos son menores a los esperados y se provocan, naturalmente, conflictos en derredor al acceso a aquellas. Como se dijo, prima una distribución desigual entre los Estados, además de, luego, la discusión interna sobre el orden de prioridades para desarrollar el proceso de vacunación.

II. Entre la prevención sanitaria y el control social

No obstante, no debe perderse de vista a partir de la anécdota de la diariamente cambiante estadística que la inquietante advertencia de Agamben sobre la confluencia de factores para la normalización de la excepción no pierde un ápice de su valor. Y en este sentido, luego de la polémica generada por la primera publicación, a mediados de marzo de 2020 formuló una aclaración que no puede soslayarse. Dijo: «Lo que preocupa no es tan solo el presente, sino lo que vendrá después. Así como las guerras han dejado a la paz una herencia de nefastas tecnologías —desde el alambre de púas hasta las centrales nucleares—, es muy probable que se busque continuar después de la emergencia sanitaria con los experimentos que los gobiernos no hayan podido realizar antes: que se cierren las universidades y escuelas y se hagan clases solo *on-line*, que paremos de una vez por todas de hablar y de reunirnos por razones políticas o culturales y se intercambien solamente mensajes digitales,

⁹ Fuente: <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&mid=%2Fm%2F03rjj&gl=AR&ceid=AR%3Aes-419> (consultada el 18 de diciembre de 2020).

¹⁰ Para mediados de diciembre de 2020, a escala planetaria, el coronavirus había alcanzado a unos 75 millones de personas, de los unos 42 millones se recuperaron y los fallecimientos fueron más de 1.660.000.

que allí donde fuere posible las maquinas sustituyan cada contacto – cada contagio– entre los seres humanos»¹¹.

Desde la misma clave, E. Raúl Zaffaroni resaltó que, actualmente, pareciera que si no cedemos ciertos derechos y no restringimos algunas libertades, el coronavirus arrasará con todos nosotros. Se presentan circunstancias cuasi-apocalípticas ante las que es preciso poner en evidencia cierto peligro que la situación podría representar sobre nuestras libertades. Así, resalta que «... si a nivel global las democracias –desde hace tiempo– vienen experimentando una progresiva fragilidad, la brutal irrupción del coronavirus puede significar un nuevo impacto sobre ellas mediante el regreso de viejas prácticas propias de los Estados de policía, en los cuales no hay límites normativos que detengan el avance sobre los derechos y las garantías de las personas y los pueblos»¹². Además, aclara que no se trata de una mera predicción académica, porque «en varios países europeos de vasta tradición constitucional, están adoptando directamente medidas penales para controlar la propagación del virus. Es decir, están aplicando fuertes controles policíacos y hasta penas de prisión para quienes no cumplan con ciertas disposiciones u órdenes administrativas»¹³.

Dejando de lado, por el momento, esta última línea de serias observaciones u objeciones, puede señalarse que al inicio del mes de agosto de 2020 el panorama general no había cambiado mucho de aquel descrito por Svampa: más allá de algunos rebotes en distintos países al

¹¹ AGAMBEN, en su artículo «Aclaraciones», pub. originalmente en Quodlibet.it el 26 de febrero de 2020, reproducido en la compilación «La Fiebra...», ya citada, p. 256. Puede acotarse que, en nuestro medio, Guido I. Risso advierte y se pronuncia en similar dirección. Tras recordar que, históricamente, el sitio del poder fue pasando del brujo de la tribu al teólogo, de este –Revolución Francesa mediante– al burócrata, hasta que finalmente la Revolución Industrial sentó en el trono al economista. Hoy, el último, de repente, ve amenazado su lugar de poder por el *big data* y la inteligencia artificial. Así, producto de la pandemia, en Europa se comienza a sostener que la vigilancia digital salva vidas y se defiende la vigilancia extrema. Por eso, afirma que «este virus –tal vez– no hizo más que acelerar la historia, y probablemente desde el constitucionalismo tendremos que volver a empezar, pues cuando todo esto pase, cuando las vacunas aparezcan y el virus sea derrotado, lo que quedará será otro mundo, más vigilado, más controlado y con un poder más vigoroso y legitimado que, como todo poder, conlleva la pulsión de avanzar» (en su trabajo «COVID-19. Reflexiones jurídicas», Hammurabi, Bs. As., 2020, p. 26; disponible con acceso libre en <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/covid-19-reflexiones-juridicas?location=26>).

¹² E. R. ZAFFARONI, «Democracia en los tiempos del pánico», pub. como «Comentario Especial» en la obra *COVID-19. Reflexiones jurídicas*, ya citada, p. 30.

¹³ Ob. cit., p. 31. Nada distinto sucede en nuestro país, donde la admonición del uso de la herramienta penal estuvo presente desde el mensaje presidencial en que se anunció el inicio del aislamiento social preventivo obligatorio en el mes de marzo. Algunos señalamientos sobre el particular expuse en el artículo «¿Qué delitos se pueden cometer si no se cumplen las normas de aislamiento social preventivo obligatorio?», pub. en *Erreius on line*, ed. Erreius, 26 de marzo de 2020, versión digital disponible en: <http://ius.errepar.com/sitios/ver/html/20200325145812189.html>

relajarse parcialmente la cuarentena (los hubo en China, Corea del Sur, Nueva Zelanda, España, Australia, entre otros), el centro más candente de la pandemia pasó de Europa¹⁴ a América¹⁵ (aunque retornó a la primera sin disminución apreciable en el último territorio durante la «segunda ola»), la apertura de fronteras sigue siendo bastante restringida sobre fines de año (la aparición de mutaciones del virus en distintos países impulsó mayores restricciones), gran parte de los aparatos productivos y de prestación de servicios, las actividades educativas, culturales, deportivas y de entretenimiento están parados o funcionando a medias (los cierres, quiebras y desempleos se suceden con inusitada frecuencia) y aquel confinamiento modula entre la exigencia de aislamiento o distanciamiento social con medidas preventivas. La única diferencia apreciable es que, con la aparición de las vacunas, comienza a verse luz al final del túnel y puede especularse que sobre fines de 2021, comienzos de 2022, habrá una real remisión con una situación de relajamiento del estrés sobre el aparato de prestación sanitaria y una vuelta a la normalidad que, probablemente, ya no será la misma que antes.

En este inédito contexto, observa Svampa que aquellos que hasta ayer defendían políticas de reducción del Estado, hoy rearmen su discurso en torno a la necesaria intervención estatal y se maldicen los programas de austeridad que golpearon de lleno la salud pública, incluso en los países del norte global¹⁶. Y esto acontece en el marco de una emergencia sanitaria que ha puesto de manifiesto en forma elocuente el alcance de las desigualdades sociales y la enorme tendencia a la concentración de la riqueza que existe en el planeta. Por resaltar un solo indicador irrefutable de todos los que señala la autora, un informe del Oxford Committee for Famine Relief (OXFAM) de enero de 2020, señaló que los 2.153 mayores multimillonarios del planeta tenían una riqueza equivalente a la de 4.600 millones de personas, es decir, el 60 % más pobre de la población mundial¹⁷. Luego de alrededor de un año de pandemia, los medios periodísticos reproducen el dato objetivo de que

¹⁴ Al 13 de octubre de 2020 había llegado a los 3.339.861 contagiados con 214.883 fallecimientos. No se pierda de vista que Asia, donde la pandemia comenzó y que en solo dos países (China e India) concentra el 40 % de la población mundial, al mismo momento tenía 3.709.144 contagiados y 75909 fallecimientos, lo que evidencia una mortalidad sensiblemente inferior (fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060>).

¹⁵ América del Norte, con 5.294.908 personas contagiadas y 174.770 fallecimientos; América del Sur y el Caribe, con 5.823.805 y 228.469 respectivamente, con USA y Brasil como los países que lideran la triste estadística a nivel mundial. Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060> (consulta: 13 de agosto de 2020).

¹⁶ SVAMPA, antes citada, p. 18.

¹⁷ SVAMPA, antes citada, pp. 21/22.

el fenómeno de concentración de la riqueza se sigue acentuando y que los grandes ganadores han sido las compañías vinculadas a la TICs y, por supuesto, las farmacéuticas¹⁸.

Siendo claro tanto el interés como la posibilidad de profundizar esta línea, se trata claramente de algo que excede la limitada pauta editorial para esta colaboración. A todo evento, pudiera terminar de cubrirse la nota de contexto acerca de las implicancias actuales y futuras de la pandemia, con el sintético recurso de remitir a Ignacio Ramonet, director de la versión española de *Le Monde Diplomatique*, cuando nos señala que estamos padeciendo en nuestra propia existencia el famoso «*efecto mariposa*»: alguien, al otro lado del mundo, se come un extraño animal (¿murciélago herradura?, ¿pangolín?) y tres meses después, media humanidad se encuentra en cuarentena. Lo que prueba que el mundo es un sistema en el que todo elemento que lo compone, por insignificante que parezca, interactúa con otros y puede influenciar el conjunto.

No hay duda que acierta cuando señala que todo está yendo muy rápido y que ninguna pandemia fue nunca tan fulminante y de tal magnitud. Un virus que aparece en una lejana ciudad desconocida –agrego, para nosotros– de China (Wuhan, capital de la provincia de Hubei), en apenas cien días recorrió todo el planeta y obligó a encerrarse en sus hogares a miles de millones de personas¹⁹. El parcial resultado es algo solo imaginable en las ficciones posapocalípticas, siendo ya clara la percepción de que nadie ignora que la pandemia no es solo una crisis sanitaria sino lo que las ciencias sociales califican de «*hecho social total*», en el sentido de que convulsa el conjunto de las relaciones sociales, y conmociona a la totalidad de los actores, de las instituciones y de los valores²⁰.

¹⁸ Por todos, baste citar al portal «Euronews», que al 25 de enero de 2021 titulaba «La pandemia de la covid-19 hace más ricos a los superricos y arroja a millones a la pobreza», versión digital disponible en: <https://es.euronews.com/2021/01/25/la-pandemia-de-la-covid-hace-mas-ricos-a-los-superricos-y-arroja-a-millones-a-la-pobreza>

¹⁹ El origen ha dado lugar a que, por ejemplo, en la India se hable de *comunovirus*: el virus que viene del comunismo (en realidad, del singular modelo socialista chino) y que nos comunica (nos pone en pie de igualdad y nos reúne en la necesidad de hacerle frente juntos); lo que Nancy califica de admirable y total ambivalencia, designación mucho más fecunda que el irrisorio «corona» que evoca viejas historias monárquicas o imperiales. Así, para destronar, cuando no decapitar, al «corona» que debe emplearse el *comuno* (cf. su obra *Un virus...*, ya citado, pp. 17-19).

²⁰ RAMONET, en su artículo «Coronavirus: la pandemia y el sistema-mundo», pp. 1-2. Con varias publicaciones en distintos medios del mundo, escrito en La Habana (Cuba), el 22 de abril de 2020, tiene versión digital disponible en el sitio web del Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE): http://www.iade.org.ar/system/files/coronavirus_la_pandemia_y_el_sistema-mundo.pdf

Es claro que tanto el asombro como las alertas se repiten. Nada demasiado distinto nos dicen el filósofo alemán Gabriel Markus cuando reconoce que el orden mundial está trastocado, afirmando que «Por la escala del universo, invisible para el ojo humano, se propaga un virus cuya verdadera magnitud desconocemos. Nadie sabe cuántas personas están enfermas de coronavirus, cuántas morirán aún, cuándo se habrá desarrollado una vacuna, entre otras incertidumbres. Tampoco sabe nadie qué efectos tendrán para la economía y la democracia las actuales medidas radicales de un estado de excepción que afecta a toda Europa»²¹; o el historiador israelí Yuval Noah Harari, cuando señala que quizá vivimos la mayor crisis de nuestra generación y afirma que «Las decisiones que tomen los ciudadanos y los gobiernos en las próximas semanas moldearán el mundo durante los próximos años. No solo moldearán los sistemas sanitarios, sino también la economía, la política y la cultura. Debemos actuar con rapidez y resolución. Debemos tener en cuenta, además, las consecuencias a largo plazo de nuestras acciones. Al elegir entre alternativas, hay que preguntarse no solo cómo superar la amenaza inmediata, sino también qué clase de mundo queremos habitar una vez pasada la tormenta. Sí, la tormenta pasará, la humanidad sobrevivirá, la mayoría de nosotros seguiremos vivos... pero viviremos en un mundo diferente»²².

III. La tecnología al servicio de la prevención e individualización de contagios

El nuevo coronavirus, vuelvo con Ramonet, se extiende tan rápido y hay tantas personas asintomáticas que resulta imposible trazar su expansión a mano, por lo que la mejor manera de perseguir a tan indetectable microorganismo es usando un sistema computarizado, gracias a los dispositivos de los teléfonos móviles, que calcule cuánta gente estuvo cerca del infectado. Es decir, a través de cibervigilancia (que, como dice Harari, puede profundizarse y pasar de ser una vigilancia «epidérmica»

²¹ En su artículo «*El virus, el sistema letal y algunas pistas para después de la pandemia*», pub. original en el diario *El País*, edición del 27 de marzo de 2020, reproducido en la compilación *Sopa de Wuhan...*, ya citada, p. 107.

²² HARARI, en su nota «El mundo después del coronavirus», versión en español traducida por Juan Gabriel López Guix, pub. en *La Vanguardia*, edición del 5 de abril de 2020 (original en *Financial Times*), disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/yuval-HARARI-mundo-despues-coronavirus.html>

a una «hipodérmica»²³). Este «solucionismo tecnológico» ha sido aplicado en varios países de Oriente y supone, obviamente, el sacrificio de una parte de la privacidad individual²⁴. Por eso, como dice Borella, nadie sabe cuándo cederá la pandemia ni cuánto tardará el mundo en recuperarse, solo hay una cosa de la que pocos dudan entre las tantas que dejará el virus: «la expansión de la vigilancia digital masiva». Esto así porque, más allá de las diferencias entre Oriente y Occidente, aunque sin estar exentas de riesgo, «las herramientas de control habilitadas por la inteligencia artificial se presentan como una solución aparentemente más afín al potencial tecnológico de estos tiempos»²⁵.

Byung-Chul Han ha dejado en claro que esas diferencias tuvieron una decisiva incidencia en el modo en que la pandemia se expandió en Europa y en Asia: explosivamente en la primera, mucho más controlada en la segunda. Preguntándose por las ventajas del sistema asiático para ser más eficiente en combatir la pandemia, apunta que «...en Japón, Corea, China, Hong Kong, Taiwán o Singapur tienen una mentalidad autoritaria, que les viene de su tradición cultural (confucianismo). Las personas son menos renuentes y más obedientes que en Europa. También confían más en el Estado. Y no solo en China, sino también en Corea o en Japón la vida cotidiana está organizada mucho más estrictamente que en Europa. Sobre todo, para enfrentarse al virus los asiáticos apuestan fuertemente por la vigilancia digital. Sospechan que en el *big data* podría encerrarse un potencial enorme para defenderse de la pandemia». De allí una sintética frase suya que se ha repetido mucho en los grandes medios de comunicación en los últimos meses: «Se podría decir que en Asia las epidemias no las combaten solo los virólogos y epidemiólogos, sino sobre todo también los informáticos y los especialistas en macrodatos»²⁶.

En nuestro medio, Argentina, enfatiza concordante Carlos Christian Suevo este dato insoslayable de la actualidad: la emergencia del

²³ HARARI, *El mundo...*, ya citado, p. 2.

²⁴ RAMONET, artículo citado, p. 18.

²⁵ GUILLERMO BORELLA, en su nota titulada «*Big Data*. ¿Hacia sociedades del control y la vigilancia?», pub. en *La Nación*, edición del sábado 2 de mayo de 2020, suplemento «Ideas», p. 1. Se complementa con un artículo traducido del periódico *The Washington Post*, autoría de CRAIG TIMBERG, DREW HARWELL, ELIZABETH DWORIN y TONY ROMMSO, cuyo sugerente título es «El celular, nueva arma de los gobiernos para combatir la pandemia» (p. 3).

²⁶ BYUNG-CHUL HAN, artículo titulado «La emergencia viral y el mundo de mañana», pub. original en el diario *El País*, edición del 20 de marzo de 2020, reproducido en la compilación *Sopa de Wuhan...*, ya citado, p. 99. Allí aclara que se trata de un cambio de paradigma del que Europa aún no se enteró y que llevaría a los apologetas de la vigilancia digital a afirmar que el *big data* salva vidas humanas.

COVID-19 (virus SARS-CoV-2, aparecido en diciembre de 2019) ha sido un motivo para incrementar el ciberpatrullaje y control virtual de publicaciones en redes sociales (Facebook, Instagram, LinkedIn, Tik Tok), en micromensajería (Twitter), mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, We Chat, Snap Chat), aplicaciones de videollamadas (Classroom, Zoom, Houseparty, Skype, Meet, Jitsi Meet, Webex Meet Cisco, Google Duo, Haungout Meet, Face Time, Line, Blue Jeans, Teams), en la búsqueda de potenciales noticias falsas (*fake news*), sobre la crisis sanitaria mencionada²⁷, provocando la intervención tanto de fiscalías especializadas en la lucha contra el cibercrimen como de otras abocadas a la persecución de los posibles delitos vinculados, atentatorios contra la salud pública.

El tema de las noticias falsas está lejos de ser una mera anécdota más, constituyendo otro ejemplo de mal uso de las tecnologías de la comunicación. Bien destaca Ramonet que, al mismo tiempo que los medios nos aturden con constante información sobre el coronavirus, estamos asistiendo a una guerra feroz entre diversas facciones para imponer un relato dominante sobre esta crisis. Y esto provoca una auténtica epidemia de *fake news* y de posverdades, fenómeno que la propia OMS ha definido como «infodemia», pandemia de infofalsedades²⁸. La idea de que la propagación continua de la epidemia de coronavirus también ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestras sociedades es también expuesta por Slavoj Žižek, reproduciéndose noticias falsas, teorías de conspiración paranoicas y explosiones de racismo (lo que, en su opinión, puede resultar un golpe mortal hacia el capitalismo –punto en el que Byun-Chul Han dice que se equivoca–)²⁹.

²⁷ En su reciente obra *Vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (IA)*, Buenos Aires, 2020, p. 16. E-book disponible en <https://biblioteca.hamurabidigital.com.ar/reader/vigilancia-electronica-ia?location=16>, p. 42.

²⁸ Antes citado, p. 34. La cantidad de *fake news* que han circulado son innumerables. Entre las más llamativas por lo increíbles, RAMONET menciona varias como las siguientes: que el virus «fue fabricado por China para exterminar a sus minorías étnicas... O que la epidemia se propagó tan rápidamente porque el virus viajaba en las mercancías exportadas por China... O que la COVID-19 es una enfermedad difundida por los grandes laboratorios farmacéuticos para vender vacunas... O que las antenas de telefonía 5G amplifican y vuelven más letal al coronavirus... O que la plaga estaba destinada a arruinar la economía exportadora, rival de China, del norte de Italia... O que ya existe una vacuna... O que el virus ya mutó...» (p. 36). Basta mirar en el noticiero las reuniones de protesta de los «anticuarentena» para constatar como muchas de estas noticias falsas siguen circulando, repercusión obtenida seguramente de su constante replicación al infinito desde las «granjas de bots», operándose perfiles de miles de cuentas monitorizadas por un solo usuario.

²⁹ ŽIŽEK, en su artículo «Coronavirus da un golpe al capitalismo al estilo de “Kill Bill” y podría conducir a la reinención del comunismo», pub. en *Russia Today*, edición del 27 de fe-

Recordando la opinión de Yuval Noah Harari, Sueiro llama la atención sobre que la vigilancia electrónica asistida mediante inteligencia artificial (IA) ha avanzado a un nuevo estadio ya que no solo recopila datos sensibles de nuestros movimientos o conductas exteriorizadas sino que a partir de esta crisis sanitaria global generada por la citada pandemia, también captura, recopila, almacena, procesa y analiza nuestros datos biológicos. En tal dirección, resalta que el enojo, la alegría, el aburrimiento y el amor son fenómenos biológicos, como la fiebre y la tos. Así, la misma tecnología que identifica un estornudo puede identificar una sonrisa. Por eso, si los gobiernos y las corporaciones empiezan a acumular nuestros datos biométricos en masa –y no puede soslayarse que incluso voluntariamente enlazamos nuestros datos biométricos con nuestros dispositivos electrónicos³⁰–, llegarán a conocernos mejor que nosotros mismos y podrán no solo predecir nuestros sentimientos, sino también manipularlos y venderlos a quien quieran. Servirán tanto para que se nos ofrezca un producto o un político³¹.

Poniendo de momento de lado esta última perspectiva, queda claro que, por un lado, la IA está siendo usada para evitar la circulación de información incorrecta acerca de la enfermedad y la persecución de delitos contra la salud pública y, por otro, que también tiene un campo de aporte significativo en las tareas de prevención y contención de contagios. En este sentido, las medidas de vigilancia electrónica mediante IA han ayudado decisivamente para que países asiáticos logran salir de la crisis y contener las infecciones³².

En efecto, además de China, en otros países de oriente y el sudeste asiático como, por ejemplo, Japón, Singapur, Taiwan y Corea del Sur se han aplicado estrategias de macrodatos y vigilancia digital para mantener las cifras de contagio bajo control. El éxito se objetiva en las cifras

brero de 2020, reproducido en la compilación «Sopa de Wuhan...», ya citado, p. 21. En cuanto al pronóstico errado de Žižek, el profesor surcoreano radicado en Alemania sostiene que, tras la pandemia, el capitalismo continuará aún con más pujanza y que los turistas seguirán pisoteando el planeta. En todo caso, lo posible es nos llegue a Occidente el Estado policial digital al estilo chino (antes citado, p. 110).

³⁰ Así, por ejemplo, los modernos *smartphones* nos ofrecen dentro las alternativas para tener más seguridad en cuanto al acceso a su contenido el que nuestro rostro o nuestras huellas dactilares operen como contraseña o en redes sociales se comparten aplicaciones en las que insertar nuestra imagen y ver cómo seremos cuando tengamos 20 o 30 años más. Mientras tanto, es claro, las empresas detrás quedan con esos datos sensibles a disposición.

³¹ Ob. cit., p. 51. Lo de la influencia en la oferta política es mostrado con elocuencia a partir del escándalo con proyección mundial de la firma *Cambridge Analytica* en recientes película y documental: «Brexit: the uncivil war» (HBO, USA, 1:32 hs., 2019, protagonizada por Benedict Cumberbatch y Rory Kinnear) y «The great hack» (Netflix, USA, 2:19 hs., 2019).

³² Cf. SUEIRO, ob. cit., p. 16.

generales y proporcionales de contagio y mortalidad mucho menores que las que, poco tiempo después, se verificaran por todo occidente³³. La contracara, al decir de Ramonet, es que estos lugares se han transformado en verdaderos paraísos de la cibervigilancia, lo que se sintetiza refiriendo que rige un verdadero «coronoptikón»³⁴. Tal, la plástica y sugerente expresión que se usara en el título de este trabajo.

Retomando con Sueiro, destaca que el amplio elenco de herramientas se ha compuesto desde el empleo del trazado digital mediante geolocalización de aplicaciones (apps) en los teléfonos celulares inteligentes (*smartphones*), que permiten conocer con precisión los destinos que visitó un persona infectada asintomática, a fin de informarle incluyendo a sus potenciales contactos que pueden estar incubando la enfermedad; hasta la utilización de cámaras térmicas que además de tomar la temperatura de la persona, la identifica biométricamente mediante reconocimiento facial gracias a un software de IA³⁵.

En el caso de la República Popular China, donde se vienen implementando experiencias piloto del llamado «programa de crédito social del buen ciudadano»³⁶ (por ejemplo, en Nankin³⁷ en 2019), sobre la base de la tecnología proporcionada principalmente por la empresa *Sense Time*³⁸, se emplea una plataforma de convergencia BATX (Baidú,

³³ El diario seguimiento estadístico a nivel mundial viene desarrollándose desde momentos muy tempranos de la crisis sanitaria por la Universidad Johns Hopkins (USA). Puede consultarse su amplio catálogo informativo, disponible en varios idiomas en <https://www.hopkinsmedicine.org/coronavirus/index.html>

³⁴ Artículo antes citado, p. 23. Ccte.: DAVID HARVEY sostuvo que en China y otros países del sudeste asiático las medidas tomadas para confinar geográficamente el virus fueron draconianas y casi imposibles de reproducir en cualquier otro lugar por razones políticas, económicas y culturales. Así, enfatiza que las informaciones procedentes de China sugieren que los tratamientos y las medidas fueron todo menos delicadas. Por ende, China y Singapur desplegaron su poder de vigilancia personal hasta niveles que eran invasivos y autoritarios. Pero parecen haber sido extremadamente eficaces en total, aunque si las medidas para contrarrestarlo se hubieran puesto en práctica unos pocos días antes, los modelos sugieren que se podrían haber evitado muchas muertes (en su artículo «Política anticapitalista en tiempos de COVID-19», pub. original en *sinpermiso.info* el 20 de marzo de 2020, reproducida en la recopilación «Sopa de Wuhan...», ya citado, pp. 88-89).

³⁵ Ob. cit., p. 16.

³⁶ Cf. C. C. SUEIRO, a través de *Sense Time* se regula el programa de crédito social del buen ciudadano, que capta, registra, almacena y procesa: 1) huellas dactilares y de palmas de las manos, 2) iris de los ojos, 3) reconocimiento facial mediante composición algorítmica de la simetría del rostro humano, 4) reconocimiento de voz, además de 5) geolocalización del teléfono celular, o dispositivos de salud invasivos como marcapasos, bombas insulínicas; o no invasivos como holters, tatuajes clínicos o pulseras médicas (ob. cit., p. 71)

³⁷ Capital de la provincia de Jiangsu, supo ser capital imperial siglos atrás, hoy tiene una población de más 8.500.000 de habitantes.

³⁸ *Sense Time* es una empresa fundada en Hong Kong en 2014, considerada en la actualidad la Núm. 1 del mundo en inteligencia artificial. Tiene sedes además en la China continental, Singapur, Japón, Abu Dabhi y USA (donde durante la administración del presidente Trump fue incluida en el listado de sospechosas de prestar su tecnología para prácticas contrarias a los derechos

Alibaba, Tencent y Xiaomi), que puede llevar a una vigilancia omnipresente de toda la ciudadanía, gracias al control algorítmico y fusión de su principal motor de búsqueda (Baidú), su sistema de comercio electrónico en línea (Alibaba), la principal plataforma de diagnóstico médico por imágenes (Tencent) y geolocalización en tiempo real mediante telefonía celular (Xiaomi)³⁹. Podría acotarse que, en occidente, se llegaría a similar resultado sobre el aporte convergente del denominado grupo «GAFA» (Google, Apple, Facebook y Amazon), en una sociedad donde, como resalta Eldrid, los consumidores no son ya solo eso sino verdaderos «prosumidores», es decir, también producen contenidos, información, conocimiento y el nuevo oro: datos⁴⁰.

Volviendo a China, además, explican Juan Argibay Molina y Marcos Candiottto, se implementó una app para celulares, «AlipayHealth-Code», mediante la que los usuarios, después de completar un formulario con datos personales y de localización, obtienen un código de color verde, amarillo, o rojo, que permite desplazarse libremente; requiere permanecer en su hogar por siete días; o bien, cumplir con dos semanas de cuarentena obligatoria, respectivamente. Los códigos, por seguimiento GPS, pueden cambiar de color en caso de que el usuario hubiera estado en contacto con alguna persona identificada con el código rojo; o bien, si atravesó una zona con alta presencia del virus⁴¹.

Puede agregarse que en las grandes ciudades chinas hay un equivalente de «Uber» para transportarse en automóviles, la app «Didi», y que la captación de imágenes y el escaneo térmico en aeropuertos y grandes estaciones de trenes y metro, es una práctica común previa a la pandemia, como medida de prevención sanitaria. Esta visión es corroborada por Byun-Chul Han, quien señala que en China es posible esta vigilancia social porque se produce un irrestricto intercambio de datos

humanos). Entre sus clientes cuentan, entre otros, el MIT, Qualcomm, Honda, Alibaba y Weibo. Las áreas en que se especializa son: reconocimientos faciales, de imágenes, ópticos de caracteres y de objetos, análisis de imágenes médicas, videoanálisis en general y conducción autónoma de vehículos.

³⁹ Ob. cit., pp. 28 y ss., donde hace una minuciosa descripción de las medidas adoptadas en Japón, Singapur, Taiwán y Corea del Sur. También puede verse en detalle en el trabajo citado de RAMONET (p. 20 y ss.).

⁴⁰ BRENDA ELDRID, ya citada, punto I.

⁴¹ ARGIBAY MOLINA y CANDIOTTO, en su obra *Ciberpatrullaje*, ed. Hammurabi, Bs. As., 2020, p. 25. E-book disponible en <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/ciberpatrullaje?location=25>. Ccte.: Zaragoza Tejada, quien recuerda como similares sistemas de geolocalización vinculados a la cuestión sanitaria la app «Tracetgether» en Singapur o el desarrollo en Alemania por el Instituto Roland Koch del proyecto «Pan-European Privacy Preserving Proximity Tracing» (PEPP-PT), que permitirá al usuario por bluetooth saber si está cerca de alguna persona que esté o haya estado infectada (ya citado, p. 239).

entre los proveedores de Internet y de telefonía móvil y las autoridades, siendo la «protección de datos» prácticamente inexistente, al punto que en el vocabulario de los chinos no aparece el término «esfera privada». Describiendo este verdadero panóptico, enfatiza que en China hay 200 millones de cámaras de vigilancia, muchas de ellas provistas de una técnica muy eficiente de reconocimiento facial, que captan incluso los lunares en el rostro. Por eso, se podría decir que no es posible escapar de ellas, que además están dotadas de IA y pueden observar y evaluar a todo ciudadano en los espacios públicos, en las tiendas, en las calles, en las estaciones y en los aeropuertos⁴².

Pero, obvio insistir, esta eficiencia tiene un costo por demás significativo. Vuelvo a la elocuencia de Ramonet cuando afirma que lo que parecía distópico y propio de dictaduras de ciencia ficción se ha vuelto «normal»: «... Se multa a la gente por salir de su casa a estirar las piernas, o por pasear su perro. Aceptamos que nuestro móvil nos vigile y nos denuncie a las autoridades. Y se está proponiendo que quien salga a la calle sin su teléfono sea sancionado y castigado con prisión»⁴³. Este coronavirus es la primera enfermedad global contra la que se lucha «digitalmente» pero, más allá de su eficacia, resalta el nombrado que ha dado lugar a un debate sobre los riesgos para la privacidad individual, lo que reconocen hasta los partidarios de la cibervigilancia⁴⁴.

Por cierto, así como pueden ensayarse válidas críticas respecto de determinadas aplicaciones, que ponen en evidencia la necesidad de poner límites al uso cuando su intensificación pueda atentar en modo intolerable contra derechos humanos básicos, no debe soslayarse que hay campos en los que, en principio, no se advierten problemas. Como resalta Sueiro, la IA se está poniendo al servicio de la obtención acelerada de vacunas contra el COVID-19, ya que permite mediante cálculos infinitesimales que llevarían mucho más tiempo para nuestra especie,

⁴² Ya citado, p. 100.

⁴³ Artículo antes citado, p. 4. Por ejemplo, recuerdan Argibay Molina y Candiotto que en Hong Kong se implementó por las autoridades un sistema de pulseras electrónicas de seguimiento enlazadas a un *smarthphone* que permite efectuar un control exhaustivo del cumplimiento de la cuarentena. En caso de que el usuario deja su hogar, se retira el dispositivo, o apaga su teléfono, se emite una alerta a las autoridades sanitarias y, eventualmente, podrá ser multado (obra citada, p. 26).

⁴⁴ Artículo antes citado, p. 22. Palazzi y Elaskar también se han expedido señalando que la necesidad de información con fines preventivos y el cuidado de la salud de la población dejó en evidencia la importancia de determinar cuál será la relación entre los derechos de los titulares a controlar sus datos personales y el interés superior del Estado en caso de emergencia sanitaria de nivel mundial (en su trabajo «Pandemia (COVID-19) y protección de datos personales: aplicaciones de contact tracing, algoritmos e inteligencia artificial», pub. en AA.VV., *Cibercrimen III*, dirigido por Dupuy y Corvalán, coord. por Kiefer, ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020, p. 321).

proponer y poner a prueba bajo modelos computacionales combinaciones químicas y farmacológicas impensadas aun por científicos⁴⁵.

Sentado ello, retomo el primer aspecto. En Corea del Sur, la aplicación fue desarrollada por el Ministerio de Interior y Seguridad, denominándose la «Self-quarantine safety protection». Al explicar la política implementada se aclaró que es un «*agresivo rastreo de contactos*» para encontrarlos, examinarlos y aislarlos, lo que permite dar «alertas» a todos los que viven o trabajan cerca de aquellos. Lo que se hace a través de la aplicación es un diagnóstico masivo, a la vez que se brinda un canal de información a las autoridades al realizarse monitoreo por geolocalización: si el contagiado se aleja de la zona de cuarentena de inmediato se alerta al agente que controla la zona y se habilita un proceso que puede derivar en la aplicación de sanciones y multas. Finalmente, es a través de la «app» que se otorga el permiso de circulación vía QR móvil.

Palazzi y Elaskar formulan una muy útil sistematización de las respuestas que se han dado en el derecho comparado ante el desafío que para la protección de datos personales ha significado la pandemia. Así, estiman que pueden diferenciarse tres posturas:

a) Enfoque restrictivo: deben aplicarse en forma directa las leyes de protección de datos personales (LPDP), exigiendo siempre el consentimiento del titular del dato personal (por ej., Bélgica, Estonia, Francia, Holanda, Luxemburgo, México y Perú);

b) Enfoque neutral: intermedia, tiene en cuenta los principios que rigen los datos personales, pero permite recopilarlos con el fin de evitar contagio o amparar el lugar de trabajo, con el límite de destrucción de los datos una vez finalizada la pandemia (así, Alemania, Austria, Finlandia, Grecia, Noruega, Polonia, República Checa, Rumania, Suecia y sería la posición del Comité Europeo de Protección de Datos Personales);

c) Enfoque permisivo: se prioriza el derecho a la salud y la emergencia sanitaria por sobre las normas de protección de datos, se permite compartirlos e incluso publicarlos si ello ayuda a frenar el contagio (en este caso, Australia, Canadá, China, Dinamarca, España, Irlanda, Italia, Reino Unido, Singapur)⁴⁶.

⁴⁵ Ob. cit., p. 17.

⁴⁶ Trabajo citado, pp. 322-336, con un profuso detalle de las medidas vigentes en cada uno de los países mencionados.

IV. Uso de «apps» y ciberpatrullaje en Argentina

En nuestro país, donde rige la LPDP Núm. 25326 –cuyo art. 2 incluye a los datos sobre la salud como «datos sensibles»–, se han tomado diversas medidas de carácter «tecnológico» frente a la pandemia. Palazzi y Elaskar, tras recordar que el art. 5 de la ley citada establece en qué casos no será necesario el consentimiento de los titulares de los datos, concluyen que en el marco referido de la pandemia «tanto las entidades estatales como las entidades privadas se encuentran exceptuadas de recolectar el consentimiento», siendo de aplicación respectivamente los incisos «b» y «d» de la norma individualizada, mientras que el art. 8 se refiere al tratamiento de datos de salud por parte de sanatorios y profesionales del área. A su vez, en torno al deber de confidencialidad (art. 10) y lo relativo a la cesión de datos (art. 11), debe tenerse presente que puede relevarse por razones de seguridad pública, defensa nacional o «salud pública»⁴⁷. La cesión de datos internos dentro de la Administración Pública vinculados a la pandemia fue regulada desde la Jefatura de Gabinete del PEN mediante la Decisión Administrativa núm. 431/2020, de 22 de marzo⁴⁸.

Entre las medidas que aquí puntualmente me interesa destacar, cuentan las siguientes:

a) Aplicación «CUIDAR COVID-19»: En línea que guarda similitudes en cuanto a su esquema y propósito con la ya mencionada surcoreana, se ha presentado esta «app», pidiendo su uso por quienes vuelven a trabajar (fases 3 y 4 del ASPO), generándose parecida polémica, cuya intensidad varía según su uso fuere meramente voluntario u obligatorio (así, para quienes lleguen al país, para portadores de COVID-19 y sus contactos estrechos o como está pasando en algunas provincias por decisión de sus autoridades, por ejemplo, Buenos Aires). Fue desarrollada por un conjunto de instituciones bajo coordinación del Ministerio de Salud. Realiza el autotest sobre el estado de salud. También es un medio que los trabajadores habilitados tienen para obtener el «Certificado único habilitante para circulación». Con la «app» se consiente o autoriza que la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete trate los datos, que incluyen la geolocalización (limitada al momento de activarla). A su vez, la Secretaría comparte datos

⁴⁷ Trabajo citado, pp. 338-340. Aclaran que la postura de la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) en nuestro país, a través de dos notas publicadas en su página web (11 de marzo y 29 de abril), enmarca dentro del canon de «restrictiva» (p. 341).

⁴⁸ Cf. PALAZZI-ELASKAR, ya citados, p. 343.

con los «Comités Operativos de Emergencia Provinciales». Se señala que son protegidos por ley (sería la Ley 25326 de Protección de Datos Personales) y su uso exclusivo es por el motivo sanitario.

Hay, además, diversas apps similares a nivel provincial. Lo que es claro, según se ha venido explicando, es que al final de la pandemia, habrá en manos de sus responsables una gran cantidad de datos sensibles vinculados a la salud, así como de geolocalización y, como resaltan Palazzi y Elaskar, será central que los Estados tomen medidas para contrarrestar iniciativas tecnológicas privadas que con ánimo de lucro pretendan tratarlos y reutilizarlos sin respetar la privacidad ni los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴⁹.

b) Escaneo térmico en terminales aéreas, ferroviarias y de automotores: Como recuerda Christian Sueiro, el mismo día que se dictó la emergencia sanitaria, el ministro del Interior de la Nación, Eduardo «Wado» de Pedro, supervisó personalmente la instalación en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza de cámaras térmicas de la empresa china Huawei que permiten detectar en tiempo real la temperatura de los pasajeros; están dotadas de un software con IA, cuentan con dos lentes, uno óptico y otro térmico, con los que pueden medir la fiebre a 20 personas a la vez sin contacto físico y con un margen de error menor a 0,3 grados celsius⁵⁰.

En diversas terminales ferroviarias y automotores, por todo el país, se han dispuesto medidas similares que se concretan con equipos digitales de mayor o menor sofisticación –el factor presupuestario, naturalmente, incide en las opciones–, pero siempre orientados a tratar de identificar personas que pudieran estar con sintomatología que justifique la realización de reactivos para determinar si están contagiados o no.

Es más, la toma de temperatura se ha transformado en un lugar común en todos los protocolos que se vienen habilitando para retomar actividades en las que el contacto social cercano es inevitable, desde un restaurante o bar hasta un local de venta de prendas de vestir.

c) Ciberpatrullaje: Más cerca en el tiempo, el Ministerio de Seguridad ha dictado la Res. núm. 144/2020, por la que se aprueba el «Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas», que la integra como Anexo (art. 1), aclarando que se derogó la Res. de la ex Secretaría de Seguridad núm. Res. 2018-31-APNSECSEG#MSG del 26 de julio de 2018 (art. 5) y que

⁴⁹ Trabajo citado, p. 351.

⁵⁰ Ob. cit., p. 39.

tendrá vigencia durante el plazo de vigencia de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley núm. 27541 e instruyendo a los Jefes de la Policía Federal, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval, para que ajusten las regulaciones propias relativas a las tareas de prevención policial del delito con uso de fuentes digitales abiertas al mencionado Protocolo (art. 2) ⁵¹.

Sin espacio para desarrollar el análisis del Protocolo y sus implicancias, baste para cerrar la referencia el recordatorio de los presuntos delitos concretos objeto de prevención, que son enumerados en su art. 3. Podría decirse que hay dos grupos. Uno, «específico», en cuanto recoge conductas clara y directamente vinculadas con la cuestión sanitaria, a saber:

- Comercialización, distribución y transporte de medicamentos apócrifos y de insumos sanitarios críticos;
- Venta de presuntos medicamentos comercializados bajo nomenclaturas y referencias al COVID-19 o sus derivaciones nominales, sin aprobación ni certificación de la autoridad competente ⁵²;
- Ataques informáticos a infraestructura crítica –especialmente a hospitales y a centros de salud–;
- Indicios relativos a los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal ⁵³.

Luego, «en tanto se advierta que resulten sensibles al desarrollo de la emergencia pública en materia sanitaria», también se habilita las tareas de prevención policial a posibles conductas delictivas (enumera-

⁵¹ Pub. en el BO del 2 de junio de 2020. Lejos de la novedad la inteligencia sobre fuentes abiertas (OSINT, Open Source INTelligence; también se habla de SOCMINT, Social Media Intelligence) es una actividad desplegada con generalidad para la prevención e investigación de delitos que, por cierto, es conveniente que esté regulada con precisión, fijándole límites tanto en lo referente a los motivos que la habilitan como en la extensión o profundidad que puede alcanzar.

El artículo 2 del Protocolo, que fija su ámbito material de aplicación, señala que las tareas de prevención policial del delito en el espacio cibernético se llevarán a cabo «únicamente» mediante el uso de «fuentes digitales abiertas», por las que se entiende «a los medios y plataformas de información y comunicación digital de carácter público, no sensible y sin clasificación de seguridad, cuyo acceso no implique una vulneración al derecho a la intimidad de las personas, conforme lo normado en la Ley de Protección de Datos Personales núm. 25326 y sus normas reglamentarias».

⁵² Un dato por demás interesante sobre esto proporciona Javier I. Zaragoza Tejada, quien señala que solo durante la situación de confinamiento en España, donde se declaró el 14 de marzo de 2020 por RD 463/2020, se localizaron cerca de 12.000 webs fraudulentas que comercializan vacunas o remedios milagrosos para luchar contra el coronavirus (trabajo citado, p. 210).

⁵³ Sobre estos delitos, también en el contexto de la presente pandemia, me extendí en el trabajo «¿Qué delitos se pueden cometer si no se cumplen las normas de aislamiento social preventivo obligatorio?», pub. en *Erreius on line*, ed. Erreius, 26 de marzo de 2020, versión digital disponible en: <http://ius.errepar.com/sitios/ver/html/20200325145812189.html>

das con escaso rigor técnico) cuyo medio comisivo principal o accesorio incluya la utilización de sistemas informáticos con el fin de realizar:

- Trata de personas;
- Tráfico de estupefacientes;
- Lavado de dinero y terrorismo;
- Acoso y/o violencia por motivos de género, amenaza y/o extorsión de dar publicidad a imágenes no destinadas a la publicación;
- Delitos relacionados con el *grooming* y la producción, financiación, ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución de imágenes de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes.

V. Provisorias observaciones finales

Iniciamos señalando la obviedad de estar viviendo tiempos extraños, emergenciales o, en todo caso, para muchos, una emergencia más. En función de esto se están disponiendo una cantidad innumerable de medidas que, siendo en principio de corto plazo, no hay duda de que signarán nuestra vida futura. Como dice Harari, esta es, al fin y al cabo, «la naturaleza de las emergencias». Es lo que hacen, acelerar los procesos históricos de cambio y aquello que, en tiempos normales, llevaría años de deliberación se aprueba en horas. En ese marco, resalta, siendo mayor el riesgo de no hacer nada, «tecnologías incipientes o incluso peligrosas se introducen a toda prisa... Países enteros hacen de cobayas en experimentos sociales a gran escala. ¿Qué ocurre cuando todo el mundo trabaja desde casa y se comunica solo a distancia? ¿Qué ocurre cuando escuelas y universidades dejan de ser presenciales?»⁵⁴.

La emergencia sanitaria viene siendo afrontada con medidas y recursos que perfilan opciones que el citado historiador sintetiza en dos elecciones a realizar: «La primera es entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano. La segunda es entre aislamiento nacionalista y solidaridad mundial». Una pequeña grajea de este problema: se puede (no es que se deba) defender la «vigilancia biométrica» como medida temporal adoptada durante un estado de emergencia. Se puede porque, si bien es una intrusión enorme, salva vidas y habrá de cesar cuando aquella concluya. Sin embargo, dice Harari, «las medidas temporales tienen la desagradable costumbre de durar más que las emergencias;

⁵⁴ Artículo periodístico citado, p. 1.

sobre todo, si hay siempre una nueva emergencia acechando en el horizonte»⁵⁵. Ese, ciertamente, es el peligro. Y no es menor. De ahí que nos reclama la necesidad de una suerte de estado de «alerta permanente» ante las medidas emergenciales⁵⁶.

Esta alerta no solo debe incluir el reaseguro y cumplimiento del cese al final de la situación de excepción así como la evitación de todo uso desviado futuro de la información, sino el control previo de su estricta necesidad, pertinencia y utilidad. Por decirlo en los términos del autor citado: primero debiera apelarse al «empoderamiento ciudadano», solo su fracaso o evidente insuficiencia en un contexto determinado podrían legitimar la aplicación transitoria de disposiciones que degraden, esmerilen o pongan en juego sus derechos fundamentales (por lo tanto, de contenido «autoritario»).

Y no se trata de nada nuevo. La «emergencia» en materia de seguridad ha sido excusa para habilitar la expansión del derecho penal y procesal penal con clara minoración del contenido de las garantías clásicas en ambos planos, traducido en un palpable incremento del control social (lo que graficaba Winfried Hassemer con el sintético «cambio seguridad por libertad»)⁵⁷. Ahora, propiciada por una pandemia global, es evidente se concreta un nueva pulsión de control social, uno que no solo abarca la intrusiva mirada sobre lo que hacemos sino que penetra nuestro cuerpo mismo. El hecho de inseguridad delictivo se sustituye por la prevención ante el posible ataque del coronavirus, un enemigo invisible cuya alta contagiosidad cambió nuestros hábitos y ritmo de vida, pone en crisis nuestros sistemas de atención médica y obliga a cuidarnos con inusitada precaución colectiva.

Mientras intentamos adivinar qué tanto se parecerá la «nueva normalidad» a la antigua, cuánto lograremos preservar del estado social y democrático de derecho, vivimos cambios de prácticas que en muchos casos no se irán por la llegada de una vacuna o un tratamiento médico eficaz del virus y se deberá seguir trabajando en la toma de conciencia sobre la necesidad de afrontar estos desafíos en forma colectiva, que es precisa la colaboración de todos y que no hay salvaciones individuales ante una emergencia de calado mundial.

⁵⁵ Artículo citado, p. 2.

⁵⁶ En la misma línea de advertencia, SUEIRO, ob. cit., pp. 59-75.

⁵⁷ Sobre esto nos extendimos en la monografía *Crisis Penal. Política criminal, globalización y derecho penal*, prologada por CARLOS H. LASCANO (h), Ediar, Bs. As., 2007, 220 pp.

SOCIOLOGÍA ECONÓMICA Y EL CONTROL SOCIAL DE LOS NEGOCIOS

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo

I. Introducción

El protagonismo de las corporaciones en la sociedad mundial puso en jaque el rechazo metafísico a la «capacidad de acción» de las corporaciones predominante en las ciencias criminales. Esto es así no solamente por su intensa presencia en nuestras vidas sociales, sino también por el impacto socialmente indeseable del comportamiento corporativo. Con sus proporciones pantagruélicas, las multinacionales pueden llegar a superar los recursos de muchos Estados, de tal forma que los propios controles corporativos pueden tener un alcance que antes habría sido inimaginable en nuestras vidas, no solo influenciando nuestro modo de vida, sino creándolo.

El potencial disruptivo del comportamiento corporativo no tiene precedentes. Por un lado, a la vanguardia de las nuevas tecnologías, nunca hubo tanta concentración extraordinaria de recursos y poder. Por otro, las estrategias de control social de los negocios evolucionan sin mayor atención a los avances científicos, dejando la gestión democrática de esta relación entre las corporaciones y nuestras vidas como un gran espacio anómico. Las maravillas del mundo corporativo conviven con el aumento de personas viviendo en los márgenes de la pobreza (en Latinoamérica, ya somos 40 % de la población, entre ellos el 14 % está en la línea de la pobreza extrema), se acumulan los desastres socioambientales y, aunque las empresas sigan sanas, la crisis del COVID desmanteló las cadenas de suministro y los negocios en la base de la pirámide. A pesar de esto, poco o nada se sabe –no al menos con algún nivel más criterioso de objetividad científica– sobre la calidad de las instituciones, de las políticas regulatorias y de las estrategias de *enforcement*. A su vez, la autorregulación empresarial, que ya se organiza de

forma tan dinámica y mucho más allá de las normativas domésticas, soporta una industria de sistemas de gestión y cumplimiento normativo que no siempre pueden expresar la necesaria renovación de la moralidad corporativa.

Frente a la creciente pérdida de utilidad de las formas jurídicas, o bien los juristas nos dedicamos a una profunda redefinición, o bien condenamos la labor doctrinaria a la autoemulación académica. El control social de los negocios cuida, por tanto, de la movilización de esfuerzos que atienden una plataforma científica más amplia, basada en una construcción interdisciplinar y mediciones objetivas de su impacto¹. Hay mucho que aprender en el campo de la filosofía económica o de la psicología y economía del comportamiento, pero por ahora, este ensayo encuentra su delimitación en el campo de la sociología económica, analizando la laguna en el rol de las corporaciones y sus posibles conexiones con el ejercicio del control social de los negocios.

La crítica de estos presupuestos parece ser la salida para el desarrollo de un ambiente más creativo —y no menos crítico!—, donde lo que más importa es que una consistente verificación de la fundamentación empírica pueda generar explicaciones teóricas y soluciones innovadoras para nuestros problemas sociales. Sin ellos, la tarea de recuperar el sentido de las formas jurídicas frente al comportamiento corporativo socialmente dañoso equivaldría a empuñar la lanza contra los molinos de viento. ¡Creo que no podría encontrar una forma más cervantina de homenajear a Don Luis Arroyo!

II. La moral económica en los estudios sociológicos

A pesar de ser posible observar otras tantas referencias substanciales para la comprensión de los orígenes y fundamentos de la sociología económica², hay especial interés en la comprensión de la relación entre estructura social y economía. Al comprenderse el mercado como

¹ Los estudios que ahora se dedican al homenaje a Don Luis Arroyo integran agenda de investigación científica más amplia, y están basados en la construcción interdisciplinaria y medidas objetivas para la evaluación del comportamiento corporativo socialmente dañoso (tomando de William Laufer la idea de una criminología corporativa basada en las evidencias científicas). Algunos de los estudios fueron publicados, con modificaciones, en SAAD-DINIZ, E., *Ética en los negocios y compliance: entre la educación ejecutiva y la interpretación judicial*, Buenos Aires; Hammurabi, 2020, pp. 54-63.

² Véase SWEDBERG, R., *Principles of economic sociology*. Princeton: Princeton Press, 2007. pp. 1 ss.; DOBBIN, F., *The new economic sociology: a reader*. Princeton: Princeton Press, 2004. pp. 1 ss.; GIBBONS, R., «What is economic sociology and should any economists care?». *Journal of*

una construcción social de sentido, importa conocer mejor la estructuración de las normas sociales y jurídicas, confianza, cooperación, relaciones de poder, *compliance*, y los vínculos posibles entre instituciones y acción humana dotada de propósito (*purposive action*)³. Parece haber mayor concentración de los estudios en cuestiones teóricas y macroeconómicas, superando las fórmulas ya anacrónicas del análisis microeconómico, tales como competición, crédito, precificación y asignación eficiente de recursos escasos.

Realmente se nota que los estudios en sociología económica han recibido mayor atención de la investigación científica en los últimos años⁴. A pesar del aparente rechazo de la moral económica por los modelos sociológicos, es bastante posible adquirir una serie de «aprendizajes»⁵ importantes a partir de la observación del comportamiento ético en el ambiente corporativo, recurriendo a la interpretación sociológica como posible fuente de modelo explicativo, o instrumento de valoración y orientación de comportamientos, o aun de fundamentación de los procesos de tomas de decisión. La comprensión de sus fundamentos y principales desafíos puede ser bastante promissora para un análisis más cohesivo sobre la influencia de la ética en los negocios.

La dinámica propia establecida entre estructura social y economía aún se encuentra concentrada en el análisis de la acción humana. Todavía hay espacio suficiente para evolucionar en las investigaciones, avanzando en la comprensión de la moral económica hacia la moralidad corporativa. Se hace necesaria una mayor intensidad en el estudio de la acción corporativa, confiriéndole más consistencia en la determinación del propósito de las corporaciones en la sociedad. Frente a un mundo cada vez más conflictivo y vulnerable ante amenazas de impacto global –¡e irreversibles!–, al fin y al cabo, lo que permite evaluar la mayor o menor legitimidad de la actividad corporativa es la verificación sociológica de esta dimensión moral.

Siguiendo la línea de que los intereses económicos expresan una moralidad específica, la importancia de los estudios de sociología eco-

Economic Perspectives, 19/2005, p. 3-7; Woolsey Biggart, N. (org.), *Readings in economic sociology*. Malden: Blackwell, 2002.

³ GRANOVETTER, M., *Society and economy: framework and principles*, Cambridge: The Belknap, 2017, p. 1.

⁴ GRANOVETTER, M./SWEDBERG, R., *The sociology of economic life*, 3, ed. Boulder: Westview, 2011; GRANOVETTER, M., «A Theoretical Agenda for Economic Sociology», en Guillen, M./Collins, R.; England, P./Meyer, M. (org), *The new economic sociology: developments in an emerging field*. New York: Russell Sage Foundation, 2002. pp. 35-59.

⁵ LUHMANN, N., *Die Moral der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

nómica para la formación en ética en los negocios hace referencia al incremento de las posibilidades de análisis de las relaciones sociales y cómo de ellas se pueden extraer los valores a partir de los que se orienta normativamente el comportamiento ético en la empresa. Se espera que la sociología económica pueda servir como poderoso instrumento de comprensión de la interacción de las funciones corporativa (netamente, de gobernanza y *compliance*) con la concreta dinámica de la vida en sociedad.

III. Leyendo a los clásicos

1. Durkheim y Weber

Sin la necesidad de mayor profundidad sobre la oposición disciplinaria entre los modelos de Durkheim y de Weber, por ahora interesa solamente indicar que la interpretación del rol de las corporaciones es lo que garantiza mayor clareza y consistencia en el análisis sobre las estructuras relacionales e interacciones en la sociedad que motivan el comportamiento ético. Bastaría con decir que la interpretación sociológica del mercado ofrece la referencia necesaria para desarrollar acciones sociales y expectativas de comportamiento de los agentes de mercado.

El estudio de la sociología económica sirve para explicación del rol de la actividad empresarial en la configuración de los problemas de la moderna sociedad económica. Básicamente, es a partir de esos procesos de socialización que se eleva el nivel analítico sobre la estructuración de la sociedad, sin que se puede perder la sensibilidad al contexto y la propia determinación de las asimetrías a partir de las cuales se opera, concretamente, cada socialización⁶.

Desde Durkheim, se pueden encontrar tanto las primeras manifestaciones de la sociología económica como una ciencia de la moralidad con respecto a los argumentos para una teoría del orden social de la moderna sociedad de mercado. La interpretación funcional durkheimiana asume que la economía debe ser observada desde la perspectiva de un orden social que precede el comportamiento individual. Tal como es interpretado por Jens Beckert, el debate económico está directamente volcado al análisis de la función regulatoria ejercida por

⁶ COLEMAN, J., *The asymmetric society*, New York: Syracuse Press, 1982. pp. 1 ss.

las instituciones económicas⁷, permitiendo avanzar en la verificación de los contextos anómicos y en las manifestaciones patológicas del mercado.

Ya en la «División del Trabajo Social», Durkheim analiza las transformaciones y la movilidad social entre los grupos profesionales, desde las corporaciones medievales hasta las formas de asociación forjadas en la modernidad industrial. A pesar de esto, la sociología durkheimiana es raramente relacionada con el pensamiento económico, extrayendo la moral de la «consciencia pública», que entiende como «injusto todo intercambio en el que el precio del objeto no guarda relación con el problema que él presenta como costo y con los servicios que él ofrece». Posteriormente, en sus estudios sobre la religiosidad en las sociedades primitivas, «La vie serieuse e la vie religieuse», elabora juicios que se oponen a la vida placentera y al arte. En la interpretación de Philip Steiner, así como Max Weber no veía la contradicción entre la sociología de la religión y la sociología económica, Durkheim tampoco ha dejado de investigar las dimensiones económicas de la vida social.

La reflexión sociológica de las condiciones económicas de la modernidad habría asumido, entonces, dos agendas de investigación en Durkheim: 1) crítica de las categorías económicas, tanto crítica epistemológica como sociología del conocimiento, o, positivamente, como desarrollo de la sociología económica del contrato y de las formas de socialización en la esfera económica; 2) revisión de la interpretación funcional de la sociedad moderna a partir de la diferenciación de la sociología de la religión. Steiner identifica en la definición sociológica del mercado la clave que permite a Durkheim observar los valores comunes que configuran los derechos del individuo frente a la sociedad, bastante diferente del individualismo metodológico y racionalismo del autointerés (*self-interest*)⁸.

Según la interpretación de Jens Beckert, es posible encontrar en el modelo de Durkheim el protagonismo de la economía en el proceso de transición para la sociedad moderna. Desde la interpretación sociológica, la diferenciación funcional de la economía en la sociedad industrial es causa central de la anomia, de tal forma que «la anomia en las relaciones económicas es expresión de la falta de regulación social y puede ser superada solamente por la restauración de las reglas morales de la

⁷ BECKERT, J., *Beyond the market: the social foundations of economic efficiency*, Princeton: Princeton, 1997. pp. 71-72.

⁸ STEINER, P., *Durkheim and the birth of economic sociology*, Princeton: Princeton Press, 2011. pp. 1 ss.

economía»⁹. Cada una de las instituciones económicas (contrato, propiedad) puede ser interpretada como entidad moral, a pesar de que el análisis de la sociedad de mercado no difiere tanto de la interpretación funcional de las crisis sociales. Situaciones de crisis u oscilaciones coyunturales pueden ser fácilmente interpretadas desde su condición de «estructuras anómicas existentes». Lo que Durkheim realmente puede aportar a la sociología económica concierne a la interpretación de las características estructurales de las formaciones económicas: «su anatomía ofrece información sobre reformas institucionales necesarias para transformar la condición *patológica* de la economía en *normal*, y, por tanto, permitir la organización socialmente aceptable de la economía»¹⁰. Estos interrogantes se revisten de actualidad al ser hilados por las prácticas disruptivas de los cambios sociales recientes. Es fascinante acompañar los desarrollos recientes de la ética en los negocios. El estudio de los hechos sociales debería considerar la abundancia de hechos asumiendo las formas modernas de actividad económica, la incidencia de las nuevas tecnologías emergentes en las estructuras de las formaciones económicas, y cómo las corporaciones impulsan el desarrollo de las condiciones funcionales económicas de la sociedad moderna, incluso con relación a diferenciaciones en el plan micro, como el dinero o la moneda¹¹.

La cuestión de la justicia ocupa una posición igualmente privilegiada en la sociología económica de Durkheim. Ella comprende la interpretación de las formas anormales de división del trabajo, las condiciones en que se produce la anomia en la moderna sociedad, las pasiones sociales, y la regulación por medio de jerarquía legítima. Es de esta forma que se concibe el «valor social» en la consciencia colectiva, por medio de que las consecuencias de la troca serían justas o injustas¹². Esta sería la formación de las ideas morales de la sociedad, orientando la interpretación de las formas de representación de los negocios y sentimientos morales involucrados en la sociedad de mercado¹³.

⁹ BECKERT, J., *Beyond the market: the social foundations of economic efficiency*, Princeton: Princeton, 1997. pp. 70-71.

¹⁰ BECKERT, J., *Beyond the market: the social foundations of economic efficiency*, Princeton: Princeton, 1997, pp. 72-73.

¹¹ CARRUTHERS, B., «The meanings of money: a sociological perspective», *Theoretical Inquiries in Law*, 11/2010, pp. 52-74.

¹² STEINER, P., *op. cit.*, pp. 29 ss.

¹³ MÜLLER, H. P., «Gesellschaft, Moral und Individualismus. Émile Durkheims Moraltheorie», en Ibertram, Hans (Org.), *Gesellschaftlicher Zwang und moralische Autonomie*. Frankfurt, 1986, pp. 71-105.

El debate entre la definición sociológica de la moralidad en el mercado y la orientación subjetiva de la acción tipificada en categorías sociológicas de la gestión económica tal vez sobrecargue los propósitos de este ensayo. Siguiendo la orientación sociológica weberiana, Richard Swedberg desarrolla el campo de la sociología económica como el estudio del sector económico de la sociedad –los «fenómenos económicos»– y las implicaciones recíprocas entre este sector y la sociedad –los «fenómenos económicamente condicionados»¹⁴. Sugiere comprensión del rol de los *intereses* en la vida económica, a partir de lo que sería posible extraer la ciencia de la moralidad. El análisis de instituciones¹⁵ se refiere al uso de instrumentos jurídicos para planificación y ejercicio del control de los derechos de propiedad. Con Swedberg se opera la apertura de los estudios sociológicos hacia el análisis del ambiente y del propio cuerpo, tomados como «aspectos materiales de la realidad» esenciales: «[...] Trabajar, comer, cocinar y dormir son algunos elementos centrales de la vida económica de los seres humanos. Precisamos de una sociología de la economía de los domicilios tanto cuanto de una sociología de la economía de mercado»¹⁶.

Esta comprensión de los aspectos materiales de la realidad e intereses puede ser bastante significativa para la comprensión de la ética en los negocios y de los programas de *compliance*, especialmente por autorizar la lectura de los intereses puestos en el control¹⁷ de la libertad de acción en el mercado y comportamiento de cada uno de los actores en la construcción de sentido de la regulación, *enforcement*, y postura colaborativa. Swedberg también apunta hacia una cierta tendencia al estudio de la teoría de los juegos, que podría ser explicativa en lo que respecta a la formación o desacoplamiento de los vínculos entre reguladores, fiscalizadores y regulados. Es un tanto escéptico, pero apunta ciertos avances en la «narrativas analíticas», con expresa referencia al estudio de Avner Greif sobre la organización de negocios en Edad Media¹⁸.

¹⁴ SWEDBERG, R., «Sociologia econômica: hoje e amanhã», *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, 16/2004, p. 7.

¹⁵ SWEDBERG, R., «The economic sociology of capitalism: an introduction and agenda», en Nee, V.; Swedberg, R. (org.), *The Economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005. pp. 3-40.

¹⁶ SWEDBERG, R., *Sociología económica...*, cit., p. 26.

¹⁷ Harrison White ejerce importante influencia en la interpretación de Swedberg, especialmente a partir de la introducción de elementos analíticos del control y formación de redes sociales (WHITE, H. *Markets from networks*, 2002). Igualmente influyente, FLIGSTEIN, N., *The transformation of corporate control*, New York: Harvard Press, 1990.

¹⁸ SWEDBERG, R., *Sociología económica...*, cit., p. 17.

2. Granovetter y la noción de enraizamiento (*embeddedness*)

Desde el seminal «Economic action and social structure», Mark Granovetter introduce la noción de enraizamiento (*embeddedness*), que comprende las acciones sociales como imbricadas en procesos continuos de socialización y que pueden ser sistematizadas en torno a redes sociales¹⁹. Es con base en el enraizamiento que se viabiliza el análisis de redes en sociología económica, es decir, la economía encuentra sus fundamentos en la combinación de las relaciones sociales con el análisis de redes sociales. Más recientemente, en «Society and Economy», Granovetter ha sistematizado lo que es reconocido como la «nueva sociología económica». Se trata de un marco en el sentido del perfeccionamiento de las instituciones económicas clave y en la articulación entre acción económica e instituciones que pueden especificar las cualidades sociales, culturales e históricas. A partir de entonces, Granovetter parece actualizar la comprensión de la sociología económica, en la medida en que expande su campo e instrumentos analíticos. El análisis de las instituciones, por ejemplo, permite una evaluación de interacciones bastante más complejas de las acciones sociales, además de reforzar la orientación normativa, ya que los individuos interactúan en las instituciones a partir de la forma en que «las cosas *deberían ser hechas*»²⁰. La acción económica y las instituciones se deducen de una variedad de metas implementadas a lo largo de complejas redes de actores, que deben ser comprendidas en su secuencia histórica y a partir de la discriminación de actores relevantes.

De forma bastante inteligente, Granovetter recurre a la imaginación sociológica («análisis de la eficiencia significa contar una historia adaptativa sobre una institución»²¹) para la previsión de escenarios institucionales y proyección de acciones sociales, con la finalidad de crear posibles narrativas sociológicas suficientemente articuladas para la explicación de los problemas sociológicos. Granovetter propone tres cuestiones prácticas para conducir hacia la evaluación institucional: (1) ¿en qué sentido el «problema» realmente es un problema?; (2) ¿cuál «solución» es una solución?; (3) ¿es posible comprender el proceso a partir del cual la solución fue propuesta? La estrategia de negocios podría muy bien incidir sobre los dos primeros interrogantes. A partir del

¹⁹ Más sobre esto en GRANOVETTER, M., «Economic action and social structure», *American Journal of Sociology*, 91/1985, p. 481-510.

²⁰ GRANOVETTER, M., *Society and economy*, Harvard: Harvard Press, 2017, p. 2.

²¹ GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., p. 7.

tercero, se adquiere una dimensión normativa sobre las razones por las que una solución es *particular*. Este juicio valorativo hace que sea una opción especial y determina el proceso de elección o priorización estratégica de una acción. Esto nos permite definir si las acciones expresan la orientación valorativa de un comportamiento ético, y, específicamente con relación a los programas de *compliance*, si las decisiones expresan las funciones de *compliance*.

El enraizamiento refuerza la importancia de la densidad de las *networks*. Y la dificultad de establecer y gestionar las ligaciones (*ties*) cognitivas, emocionales, espaciales y temporales entre las personas. También es necesario comprender cómo la interacción entre instituciones sociales, mediadas por normas y otras interacciones sociales, repercute en el comportamiento individual. Analíticamente, la observación sociológica de redes sociales y «enraizamiento» puede ser subdividida en: (1) redes y normas (*networks and norms*): las normas sociales son ideas compartidas sobre el comportamiento adecuado en determinadas situaciones²²; (2) la «fuerza de ligaciones frágiles» (*the strenght of weak ties*): nuevas informaciones tienden a alcanzar los individuos más por sus ligaciones frágiles que por las fuertes. Ligaciones frágiles, también conocidas por «acquaintances», despiertan más la atención hacia la innovación que las fuertes, de cierta forma bastante previsible: «la estructura social puede dominar la motivación»²³; 3) lagunas estructurales (*structural holes*): individuos con ligaciones en múltiples redes sociales, preferencialmente no conectadas entre sí, pueden disfrutar de una ventaja estratégica con relación a los demás. Estos individuos pueden operar como el elemento de integración de las distintas redes, promoviendo el acceso a recursos e información. Estos individuos son detentores de capital social (*social capital*)²⁴.

Además de eso, la referencia sociológica económica en Granovetter confiere mayor consistencia al estudio de la acción económica. Granovetter sugiere la interpretación de los «procesos de evolución selectiva» de las interacciones sociales más allá del reduccionismo de la dicotomía entre acciones racionales e irracionales. En lugar de eso, es preciso observar cuáles son las concepciones de las personas («cómo

²² Granovetter profundiza el argumento a partir de la psicología social, justificando que la densidad de las relaciones sociales llevaría a una mayor cohesión normativa, a partir de la formación de «nódulos» (*nodes*) de ideas, información e influencia, GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., p. 16.

²³ GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., p. 16.

²⁴ GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., p. 17.

son las cosas»), sus orientaciones normativas («cómo deben ser las cosas»), o puede ser que suplanten, se sobrepongan o al menos modifiquen la acción, si no fuera el caso de simplemente orientar el comportamiento por el autointerés (*self-interest*)²⁵. Esta es la razón de la importancia del dominio de las redes, de las mediaciones entre los actores sociales²⁶ y del histórico de interacciones²⁷, componiendo la dinámica entre interés y acción social.

A pesar de las críticas a la noción de enraizamiento y de las redes²⁸, la combinación entre análisis de los intereses y de las relaciones sociales puede ser una clave de análisis muy promisoría para la comprensión de las redes y articulaciones colaborativas que se deducen de los programas de *compliance*. Un presupuesto para el estudio de la ética en los negocios es el dominio de las normas sociales, relaciones de poder, confianza y propósito de la acción. La comprensión de las normas y valores, como constructo mental y subjetivo, debe ser aprehendida en su significado a partir de situaciones económicas concretas. Están por desarrollarse, sin embargo, mediciones más consistentes sobre el sentido de cada una de estas situaciones sociales y de las manifestaciones de interés, especialmente en las hipótesis en que se dan en el mercado o en el contexto de las organizaciones empresariales.

De la misma manera, el estudio de las formas de cohesión social, articulación de expectativas razonables de comportamiento y regulación de comportamiento puede determinar la extensión en que las personas creen que sea más o menos importante sustentar una postura colaborativa o, por el contrario, encontrar medidas de reacción frente a la frustración de la expectativa de cooperación. Básicamente, la sociología económica puede auxiliar en la definición de las combinaciones institucionales y organizacionales que deben mediar las interacciones entre ejecutivos, empresas y *stakeholders*. Así se adquiere un poco más de precisión con respecto al comportamiento moralmente apropiado

²⁵ GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., pp. 26-27.

²⁶ En análisis crítico, MIZRUCHI, M., «What do interlocks do? An analysis, critique and assessment of research on interlocking directorates». *Annual Review of Sociology*, 22/1996, pp. 271-298.

²⁷ «[...] In ongoing relations, human beings do not start fresh each day but carry the baggage of previous interactions into each new one. Built into human cognitive equipment is a remarkable capacity, depressingly little studied, to file away the details and the emotional tone of past relations for long periods of time, so that even when one has not had dealings with a certain person for years, a reactivation of the relationship does not start from scratch but from some set of previously discussion of path dependence and extends its purview to the history of social networks» (GRANOVETTER, M., *Economy and society...*, cit., p. 19).

²⁸ NEE, V./INGRAM, P., «Embeddedness and beyond: institutions, exchange, and social structure», en Brinton, M./Nee, V. (org.), *The new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage, 1998. pp. 19 ss.

en los negocios, interpretado a partir de la cultura organizacional, de los hábitos empresariales y de los valores extraídos de la gobernanza corporativa.

El estudio de estas interacciones lleva a la configuración de los tipos de redes que se forman en el entorno de las relaciones contractuales y sociales de la corporación con su entorno. Con base en estas informaciones sobre la relación entre empresa y entorno, se viabiliza el desarrollo de estrategias para compartir los beneficios de la actividad empresarial con los *stakeholders*²⁹. La sociología económica debería explorar estas relaciones y desarrollar estrategias para la utilización de los recursos de *compliance* con relación a una mayor o menor cohesión social que puede ser generada en esta interacción entre corporación/entorno.

IV. Sociología económica y el control social de los negocios

Los clásicos enseñan cómo interpretar las acciones e interacciones que permiten estructurar normativamente el mercado, es decir, cómo evaluar el sentido moral y social del comportamiento económico y su impacto social. A pesar de ser central para la comprensión del control social de los negocios, el protagonismo de las corporaciones en la configuración de las instituciones, políticas regulatorias o actividades de *enforcement* casi no ocupa espacio en la perspectiva clásica. Hay una muy promissora agenda de investigación volcada a la revisión de los clásicos con base en las modernas manifestaciones del comportamiento económico a partir de las corporaciones.

Igualmente, es muy curioso observar cómo la sociología económica aun guarda una muy tímida relación con la investigación criminológica. La tesis de J. M. Clarke introduce, con originalidad, la noción de control social del negocio³⁰ y es posible explorar algunos vínculos ya

²⁹ En detalles sobre la ascensión del *stakeholders compliance*, NIETO MARTÍN, A., *Stakeholders compliance* (breve publicación).

³⁰ CLARK, J. M., *Social control of business*. New York: McGraw-Hill, 1939, pp. 126 ss. «[...] Originalmente, John Maurice Clark importa las teorías del control social para las ciencias económicas, con su *Social Control of Business*. Al interpretar el negocio como una institución social, inscrita en el cerner de la vida económica y de las interacciones entre las personas y la comunidad, Clark crea las condiciones para el desarrollo del control de la libertad de acción económica. La ausencia de control es responsable por la desconfianza mutua entre los agentes económicos, dando paso al egoísmo racional y a la intimidación entre los *players*. El control social de los negocios, por el contrario, representa la «democratización del negocio» (*democratization of business*). El control significa la gradual adecuación del negocio a un modelo de conformidad a las reglas de mercado y confianza entre los competidores. Es decir, el control se impone sobre el conjunto de interacciones y transacciones del negocio, «un sistema de cooperación social por medio del intercambio recípro-

desde el «Identity and Control», de Harrison White, en su análisis sobre la incerteza de la vida social producida por las estructuras sociales y la cultura. En los estudios de White, el estudio del control y de los tipos de formación social puede influir en el análisis de políticas públicas, gestión y vida asociativa (*associational life*).

A pesar de eso, el crimen, la violación de la norma, la sanción y las consecuencias de su aplicación aún permanecen como capítulos secundarios. Faulkner y Cheney llegaron a afirmar que la sociología económica ha excluido algunos campos estratégicos del conocimiento y que tal vez haya un largo camino científico a ser recorrido para investigar la criminalidad corporativa como parte integrante del «lado oscuro del capitalismo» (*dark side of capitalism*)³¹. Es tiempo de rever la ausencia de Durkheim en los estudios sobre ética en los negocios, en la criminología y en la comprensión de la regulación del comportamiento empresarial. Estudios mertonianos, tan preciosos en la crítica al *American Dream*, son irrenunciables para la crítica a las estructuras sociales en que se opera la interpretación funcional y para la reflexión sobre las modernas manifestaciones de la «tensión» (*strain*) en el ámbito corporativo³².

Esto significaría erigir las columnas de una sociología económica del crimen³³, indicándola como el «capítulo olvidado de la sociología económica». En la sociología de la regulación, a su modo, se encuentran algunos estudios iniciales sobre las transformaciones criminológicas promovidas por el surgimiento del «nuevo Estado regulador»³⁴ y la centralidad del riesgo, tanto en la diferenciación de la sociedad econó-

co». Aunque control sea en esencia coerción, solamente gracias a la colaboración voluntaria en la construcción de las reglas del mercado. Por esa razón, la coerción se justifica simplemente «porque hubo una falla en la cooperación en acuerdos voluntarios para la mutua ganancia». Y por la misma razón, el control está al servicio de la sociedad, ya que le sirve como estabilizador de las reglas de mercado, permitiendo que ellas se presten a la confianza en el mercado y en las instituciones», (SAAD-DINIZ, E., *Victimología corporativa...*, cit., p. 56).

³¹ «A flourishing literature documents the “dark side of organizations”, the prevalence of corruption, and the recurrent temptation to subvert organizational ends in pursuit of parochial interests (e.g., Ashforth and Anand; Baker and Faulkner; Palmer and Maher)» (FAULKNER, R./CHENEY, E., «Review of The New Economic Sociology: developments in an emerging field», *Contemporary Sociology* 32/2003, pp. 445-447).

³² SIMPSON, S., *Corporate crime, law, and social control*, Cambridge: Cambridge Press, 2002. pp. 22 ss.; para un análisis crítico, Box, S., *Crime, power and mystification*, London: Tavistock, 1983. p. 35; la cuestión fue explorada en más detalles en SAAD-DINIZ, E. *Victimología corporativa...*, cit.

³³ MCCARTHY, B., «New economics of sociological criminology», *Annual Review of Sociology*, 28/2002, pp. 417-442.

³⁴ BRAITHWAITE, J., «The new regulatory State and the transformation of criminology», *The British Journal of Criminology*, 40/2000, pp. 222-238.

mica, como en lo que Diane Vaughan llamó «normalización» de los riesgos en las organizaciones ³⁵.

Evaluaciones sistemáticas sobre el ejercicio del control social de los negocios podrían superar el reduccionismo del mero referente simbólico al que están reducidas las tesis sobre moralidad corporativa, conduciendo a soluciones innovadoras sobre el ejercicio del control social, desarrollo de mecanismos sancionatorios e incentivos adecuados, limitación de las estrategias *enforcement* obsesionadas con la punición y motivadas por cierto fanatismo moral. La revisión sociológica del ejercicio del control social de los negocios puede permitir la evaluación de los diseños institucionales más allá del conflicto de agencia. Tal como desarrollado por William Laufer, sería posible priorizar el control social de los negocios a partir de combinaciones más sofisticadas entre institucionales, regulación y responsabilidad penal corporativa basada en la idea constructiva del *corporate fault* ³⁶.

Por su parte, el dominio de las preferencias del comportamiento social puede enseñarle mucho a la identificación del rol de las corporaciones en la sociedad, indicar el impacto de los códigos de conducta corporativos en la formación de la cohesión social, definir las expectativas de comportamiento que pueden o no ser compartidas (*shared expectations*) entre reguladores, fiscalizadores y regulados, obstruyendo la «regulación compartida» (*shared regulation*) ³⁷. No hay mención más profundizada sobre *enforcement* en la sociología económica, y las evidencias científicas sobre la evolución del comportamiento antisocial para el comportamiento prosocial aún deben ser investigadas. El extraordinario potencial de los estudios de sociología económica reside en la adquisición de conocimiento científico sobre cómo el comportamiento ético y los programas de *compliance* acaban afectando la vida de las personas, en el contexto empresarial y más allá de él.

La noción de *social embeddedness* de la punición puede ser igualmente muy promisoria, por ejemplo. Entre los criminólogos, John Hagan ha debatido las tesis de Granovetter, al discutir la influencia del

³⁵ Véase, por ejemplo, REISS, A., «The institutionalization of risk», *Law and Policy*, 11/1989, pp. 392-402; VAUGHAN, D., «Regulating risk: implications of the challenger accident», *Law and Policy*, 11/1989, pp. 330-349. Para una revisión de los puntos de contacto entre la sociología y los estudios en criminología, véase MORRILL, C./HAGAN, J./HARCOURT, B./MEARES, T., «Seeing crime and punishment through a sociological lens: contributions, practices, and the future», *The University of Chicago Legal Forum*, 2005, pp. 289 ss.

³⁶ LAUFER, W., «The missing account of progressive Corporate Criminal Law», *New York University Journal of Law & Business*, 14/2017, pp. 116-128.

³⁷ En detalles sobre la regulación compartida (*shared regulation*), LAUFER, W., «A very special regulatory milestone», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 319, 2018, pp. 19-32.

desempleo en el involucramiento con la criminalidad³⁸. Así como la *social embeddness* en contexto criminal es factor altamente relevante para la criminalidad, lo contrario también es verdadero. Adquirir un primer empleo es casi tan importante en el curso de la vida como para una empresa obtener un contrato o vencer un proceso de licitación en una estructura de mercado orientada por comportamiento ético. Aunque John Hagan reconozca en el concepto de *embeddedness* como referencia para la formulación de estrategias de intervención, tal vez en el concepto haya mucho más a ser explorado desde la perspectiva de estímulo al comportamiento prosocial.

Se espera que la reorientación del control social de los negocios a partir de la sociología económica ofrezca mejores niveles de comprensión sobre la dinámica concreta del mercado y de la sociedad, más allá de la reproducción abstracta del *ethos* económico o, aún peor, reduciendo el comportamiento corporativo a las justificaciones morales (*moral justifications*) que se imponen al comportamiento individual o a determinadas empresas. El alejamiento entre interpretación judicial y la priorización del control social de los negocios conduce el sistema de justicia criminal a persecuciones individuales y a la insuficiencia en la respuesta a las corporaciones. Esto es lo que Laufer llama ausencia de indignación moral (*moral indignation*) con relación al comportamiento corporativo socialmente dañoso³⁹. Y hacer frente al comportamiento corporativo socialmente dañoso ya no es más cuestión de mera «opción teórica» para nuestra generación. En el actual contexto global de «descontrol social de los negocios», ojalá la rendición cuentas con las corporaciones no sea apenas otro delirio *quijotesco*.

³⁸ HAGAN, J., «The social embeddedness of crime and unemployment», *Criminology*, 31/1993, pp. 465-491.

³⁹ LAUFER, W., «Where is the moral indignation over corporate crime?», en Brodowski, D., et al. (org.), *Regulating corporate criminal liability*, Heidelberg: Springer, 2014.

CERVANTES EN LA CÁRCEL DE VALLADOLID

ÁNGEL J. SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

I. Presentación

En la muy importante trayectoria académica del profesor Arroyo Zapatero, cuyas contribuciones tanto en el plano estrictamente jurídico penal, como en de la gestión universitaria son sobradamente conocidas, han encontrado también cabida otras aportaciones que, si no me engaño, le procuraron no menor satisfacción, y que suponen una sugerente incursión en el terreno histórico cultural. Quiero recordar, en este contexto, su librito sobre Hernán Cortés, con motivo de los actos relacionados con el Quinto Centenario del Descubrimiento de América¹ y, muy en particular, sus escritos relacionados con Cervantes y, más específicamente, con El Quijote². Prueba de la importancia que presta nuestro homenajeado a este tipo de labores es que, en una de sus últimas publicaciones, recoge conjuntamente la alocución pronunciada con motivo de su reciente ingreso como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia, junto a su estudio sobre la pena de galeras, al hilo del célebre capítulo del Quijote referido a la liberación de los galeotes³.

De ahí que entienda oportuno contribuir al merecido homenaje de mi ilustre paisano con un sucinto apunte sobre el derecho y proceso penal de comienzos del siglo XVII, experimentados de manera directa

¹ Véase ARROYO ZAPATERO, L., *El mundo en la cabeza de un estudiante en torno a 1500. Hernán Cortés*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real 1994.

² Véase el librito *V Juicio Crítico Literario. Los Académicos de la Argamasilla. Encausado: Luis Arroyo Zapatero*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real 1995. Véase también, del mismo autor, «Delitos y penas en el Quijote», en *Revista de Ciencias Penales*, vol 1, núm. 2, 2.º semestre de 1998, pp. 266-272.

³ Véase el precioso librito (edición no venal), *Alocución de Luis Arroyo Zapatero con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. Y un comentario al Capítulo XXII de Don Quijote de la Mancha*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real 2020.

por Cervantes en un conocido episodio que supuso –una vez más, pero ahora por breve plazo– su ingreso en una cárcel: la de Valladolid. Me refiero, obviamente, al denominado «proceso Ezpeleta»⁴.

II. Los hechos y su contexto

Los hechos se sitúan en Valladolid, en el año 1605, siendo entonces la ciudad sede de la Corte de Felipe III, tras su traslado desde Madrid en 1601. Como otros muchos, también Cervantes se había instalado, con tal motivo, en Valladolid, parece que desde el verano de 1604⁵. Del ambiente de lujo y disipación que solía acompañar a la Corte, da cuenta, de manera quizás algo exagerada, pero muy plástica, un viajero portugués: Tomé Pinheiro da Veiga⁶. Se acaba de publicar en Madrid, en los últimos días de 1604, la primera edición de *El Quijote* y el éxito ha sido tan inmediato que, al describir Pinheiro una «fiesta de cañas y toros» que tuvo lugar en la plaza mayor de Valladolid, el día 10 de junio, con motivo del nacimiento del Príncipe (el futuro Felipe IV), señala: «Y en esta universal folganza, para no faltar entremés, apareció un D. Quijote que iba en primer término como aventurero, solo y sin compañía, (...) batiendo las ijadas a un pobre cuartago sucio con una matadura en el borde del lomo (...); y Sancho Panza, su escudero, delante»⁷.

Los hechos que motivan las actuaciones judiciales a que vamos a referirnos acaecen unos días después (el 27 de junio, ya de noche), en

⁴ Las actuaciones judiciales de las que nos vamos a ocupar se encuentran en un manuscrito, actualmente en la Biblioteca de la Real Academia Española, con el título (grafía actualizada): *Averiguaciones hechas por mandado del Señor Alcalde Cristóbal de Villarroel sobre las heridas que se dieron a Don Gaspar de Ezpeleta, caballero del hábito de Santiago*. El manuscrito fue recogido por primera vez en PÉREZ PASTOR, C., *Documentos cervantinos, hasta ahora inéditos*, 2 vols., Madrid 1897. Se reproduce, tanto su versión facsimilar, como la transcripción en el volumen editado por el Grupo Pinciano, *Cervantes en Valladolid*, Valladolid 1992 y, más recientemente, en la obra publicada por el Instituto Castellano y Leonés de la Lengua, bajo el título: *El proceso Ezpeleta*, (edición a cargo de C. Martín Aires), Burgos 2005.

⁵ En este sentido, CANAVAGGIO, J., «Cervantes y Valladolid», en *Castilla. Estudios de Literatura* 0 (2009), pp. 69-86 (p. 72), indicando que sus hermanas le habían precedido en este traslado a Valladolid.

⁶ Véase, PINHEIRO DA VEIGA, T., *Fastiginia. Vida cotidiana en la Corte de Valladolid*, reimpresión facsimilar de la edición de 1973, a cargo de N. Alonso Cortés (traducción y notas), Valladolid (Ámbito) 1989. Aunque referido al período en que, durante el siglo XVI, estuvo la Corte en Valladolid, encontramos también, en el estudio fundamental de BENASSAR, B., *Valladolid en el siglo de oro*, reimpresión de la 2.^a ed. española, Valladolid (Maxtor), 2015, este expresivo título en uno de sus capítulos: «El espectáculo permanente».

⁷ Véase, PINHEIRO DA VEIGA, T., *Fastiginia...*, cit. (nota 6), p. 124.

la zona conocida como «El rastro de los carneros», más allá de la Puerta del Campo, en las proximidades del Hospital de la Resurrección, donde situará Cervantes su «Coloquio de los perros», en un puente junto al ramal de La Esgueva que desemboca en El Pisuerga por la zona de las Tenerías; para el lector actual, en las proximidades de donde se ubica todavía hoy la «Casa de Cervantes» de Valladolid⁸. Un caballero vestido de negro y embozado se encuentra en el indicado puente y al paso de otro, también embozado, se produce un intercambio de imprecaciones, que da paso, de inmediato, a desenvainar las espadas cayendo gravemente herido el segundo de ellos, momento en el que el otro se da a la fuga. La víctima es trasladada a las casas próximas, en una de las cuales vive Cervantes con su hija natural Isabel, sus hermanas Magdalena y Andrea; la hija de ésta, Constanza y la sirvienta, María de Ceballos: «las Cervantas», como se referirá a ellas uno de los testigos en el procedimiento incoado. No se informa en las actuaciones judiciales de la presencia de la mujer de Cervantes, Catalina de Salazar, que debía encontrarse por esos días fuera de Valladolid. El herido es conducido a la casa de doña Luisa de Montoya, vecina de Cervantes, donde, pese a ser atendido de urgencia por un cirujano, fallece a los dos días⁹.

Resultó ser la víctima D. Gaspar de Ezpeleta, caballero del hábito de Santiago, que había dejado mujer e hijos en Pamplona y llevaba desde finales del año anterior en Valladolid, los últimos tres meses como inquilino de Doña Juana Ruiz, en una posada de la calle Manteros (hoy Mantería), donde, según testimonio de ésta, apenas paraba, ni siquiera para pernoctar, llevando vida de ocio en la Corte junto a su amigo el marqués de Falces, en cuya casa solía almorzar y cenar, como acababa de hacer esa misma noche del infortunado lance. Que era un personaje conocido lo prueba la existencia de unas décimas, atribuidas

⁸ Para la historia del «descubrimiento» del lugar donde había vivido Cervantes en Valladolid en 1605 hasta su actual utilización como Casa-Museo, véase SANZ Y RUIZ DE LA PEÑA, N. «La casa de Cervantes en Valladolid. Noticia histórica y guía», en el volumen, ya citado (nota 4) *Cervantes en Valladolid*, pp. 297-357. En esta misma obra, se recoge también un interesante estudio de PRIETO CANTERO, A. «El buen cristiano Maudes y los perros Cipion y Berganza» (pp. 365-413), que centra con gran precisión de datos el contexto histórico y geográfico de la «novela ejemplar» mencionada arriba.

⁹ Amplia información sobre este suceso en ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra*, tomo VI, volumen primero, Madrid (REUS) 1956, pp. 65-108. Véase también en fecha más reciente, CANAVAGGIO, J., «Aproximación al proceso Ezpeleta», en, del mismo autor, *Cervantes entre vida y creación*, Alcalá de Henares (Centro de Estudios Cervantinos) 2000, pp. 45-63; el mismo, «Cervantes y Valladolid», cit. (nota 5). Un breve resumen ofrece también su biografía: *Cervantes. En busca del perfil perdido*, Madrid (Espasa-Calpe) 1992, pp. 249-254. Cfr. además, entre los estudios más recientes, el «Prólogo» de C. Martín Aires a su edición de *El proceso Ezpeleta*, citada en la nota 4, pp. 9-43.

a Góngora –y que, al parecer se refieren a un percance que tuvo lugar en la fiesta de toros del 10 de junio a que nos referíamos más arriba– cuyo comienzo es como sigue: «Cantemos a la gineta/y lloremos a la brida/la vergonzosa caída/de don Gazpar de Ezpeleta»¹⁰.

Estamos, en definitiva, ante un caso más de muerte violenta que, de acuerdo con Tomás y Valiente, se convirtió en un delito de frecuencia creciente a lo largo del siglo xvii, especialmente en las ciudades, «donde revisten a menudo un carácter vindicativo de ofensas anteriores (homicidios en duelo) o simultáneas (homicidios en pendencia)»; y cita este autor un pasaje –en referencia a Madrid– de los «Avisos» de Barrionuevo, correspondiente al día 5 de junio de 1658, donde leemos: «Desde Navidad acá se dice haber sucedido más de ciento cincuenta muertes desgraciadas de hombres y mujeres y a ninguno se ha castigado»¹¹. Aquellas características a que alude Tomás y Valiente (el carácter vindicativo y la ausencia de castigo) concurren también, como veremos, en el caso que nos ocupa. Más concretamente, nos encontramos, con toda probabilidad, ante un hecho más, tan abundantes en este período histórico, de venganza del honor. En palabras del gran historiador Domínguez Ortiz, «no aceptar un duelo, incluso no provocarlo en ciertos casos, era *quedar cargado*, es decir, deshonorado»; pues «el honor caballeresco aún era algo vigente, y por el cual se hacía el máximo sacrificio, el de la vida»¹². Lo que también viene a cuento en nuestro suceso, donde, como ha destacado alguno de sus comentaristas, al vindicar su honor, el caballero embozado que terminará matando a Don Gaspar de

¹⁰ Véase CANAVAGGIO, J., «Cervantes en Valladolid», cit. (nota 5), p. 76, y MARTÍN AIRES, C., «Prólogo», cit. (nota 9), quien reproduce íntegramente este poema burlesco titulado «A Don Gaspar de Ezpeleta, caído de un caballo en unas fiestas celebradas en la plaza de Valladolid». Y, ya antes, ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar...*, cit., pp. 50-51, quien ofrece una amplia reseña biográfica del personaje (pp. 51-56).

¹¹ Véase TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos xvi, xvii y xviii)*, Madrid (Tecnos), 1969, pp. 244 ss. (los pasajes entrecorriados, en pp. 244 y 247, respectivamente).

¹² Véase DOMÍNGUEZ ORTIZ, A. *La sociedad española en el siglo xvii, vol. I*, edición facsímil de la publicada en 1964, Granada 1992 (Universidad de Granada y CSIC), pp. 286-287. Para el papel del honor en el Valladolid del siglo xvi y su incidencia en la violencia, véase BENASSAR, B., *Valladolid...*, cit. (nota 6), pp. 491 ss. Y, en relación al período inmediatamente posterior a los hechos que nos ocupan, en la obra clásica de DELEITO Y PIÑUELA, *La mala vida en la España de Felipe IV*, Madrid (Alianza) 2008, pp. 87 y ss., se destinan un par de capítulos a las «venganzas de honor» y las «muertes por amoríos», como crímenes especialmente significativos. Encontramos una completa información, aunque referida a los casos de que conocía el Tribunal del Bureo, en MADRID CRUZ, M. D., «Honor y muerte en el Madrid del Antiguo Régimen: el delito de homicidio en la jurisdicción especial de Palacio», en Sánchez-Arcilla Bernal, J. (Coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos xvi-xviii)*, Madrid (Dykinson) 2012, pp. 327-401.

Ezpeleta, viste completamente de negro, es decir, de luto¹³. Y la misma víctima se esforzará por encomiar la honorabilidad de quien lo hirió, cuando aduce, en su segundo interrogatorio, que «ambos a dos habían reñido bien», añadiendo un poco más adelante «que la dicha persona que riñó con él se acuchilló como hombre honrado, y que él fue el primero que metió la espada contra él»¹⁴. Aunque referido a un período algo posterior y un contexto parcialmente distinto –la jurisdicción especial de Palacio–, parece que pueden extenderse a nuestro caso algunas de las conclusiones extraídas por la profesora Madrid Cruz del estudio exhaustivo de actuaciones judiciales: «hombres solos (...) heridas producidas por espadas y situadas casi por mitad en la cabeza y parte superior del abdomen, producidas en la calle, casi siempre en la noche»¹⁵. Y añade algo más adelante: «Honor, fama, escándalo público, se sucedieron con asombrosa insistencia en cada una de las páginas de todos los pleitos de homicidio juzgados»¹⁶. Por otra parte, no fue impedimento, para que acaeciera la muerte que aquí nos ocupa, el que, con motivo de las fiestas por el nacimiento del príncipe y la consiguiente llegada de ilustres asistentes (muchos de ellos extranjeros), se redoblara la vigilancia en la ciudad¹⁷.

III. La indagación judicial

No podemos entrar en el detalle de las actuaciones judiciales que siguieron al suceso, expuestas, de manera muy pormenorizada y jugosa por Astrana Marín¹⁸ y que, en atinada opinión de alguno de sus comentaristas posteriores pueden leerse «como si fuera una novela»¹⁹. De acuerdo con el resumen que ofrece Canavaggio²⁰, el manuscrito a

¹³ Véase, en este sentido, ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), pp. 65-66: «Y es detalle digno de consideración que se vistió enteramente de luto, anticipándose a la mortaja, por si caía en la contienda».

¹⁴ Véase, «Transcripción del proceso a Cervantes», en *Cervantes en Valladolid*, cit. (nota 4), pp. 191-289 (pp. 217-8).

¹⁵ Véase MADRID CRUZ, M. D., «Honor y muerte...», cit. (nota 12), p. 351.

¹⁶ Véase MADRID CRUZ, M. D., «Honor y muerte...», cit. (nota 12), p. 353. Insiste en ello en las conclusiones de su estudio, pp. 398 ss.

¹⁷ En este sentido, VILLALBA PÉREZ, E., *La Administración de la Justicia Penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Madrid (Actas) 1993, pp. 246 ss. (y el documento recogido en las pp. 267-268).

¹⁸ Véase ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), pp. 67 ss.

¹⁹ En este sentido, MARTÍN AIRES, C., «Prólogo», cit. (nota 9), p. 13.

²⁰ Véase, para lo que sigue, CANAVAGGIO, J., «Aproximación...», cit. (nota 9), pp. 47 ss. y, del mismo autor, «Cervantes en Valladolid», cit. (nota 5), pp. 77 ss., así como la «Transcripción del proceso...», cit. (nota 14).

que venimos haciendo referencia contiene hasta cinco series de declaraciones, compareciendo un total de cuarenta y dos declarantes, algunos de los cuales (incluida la propia víctima) son interrogados más de una vez.

Las «Averiguaciones» que siguen los son «por mandado» del Señor Licenciado Cristóbal de Villarroel, alcalde de casa y corte. En la primera serie, le acompañan algunos alguaciles, interviniendo como escribano Fernando de Velasco. Además de la propia víctima, deponen el cirujano que lo atendió, el cura que lo confesó y algunos otros que se encontraban junto a don Gaspar de Ezpeleta, siendo el primero en declarar, después de éste, el mismo Cervantes. Ya en estas primeras indagaciones, fruto del registro de las pertenencias de la víctima aparecen unas sortijas, que se entregan en depósito a uno de los alguaciles y un papel doblado, escrito por una cara, que se quedó el propio alcalde Villarroel, sin que lo leyera nadie, lo cual, como veremos, es sintomático del curso que iba tomando la investigación. Como también lo sería la declaración muy detallada de uno de los criados de Ezpeleta, Francisco Camporredondo, al indicar que «dicho don Gaspar ha tratado y trata amores con una mujer casada», cuyo nombre y casa declara al alcalde (pero que no se hacen constar en el texto del acta del escribano) y que por tal motivo «han habido y tenido dares y tomares y pesadumbres» entre don Gaspar y el marido²¹. El resto de los testigos, casi todos ellos habitantes de las casas del Rastro a donde fue conducido el herido, no aportaron ulterior información de interés para el esclarecimiento del suceso. Concluye esta tanda de indagaciones a las cuatro de la mañana con un auto del Alcalde Cristóbal de Villarroel mandando a los alguaciles que indaguen «por las iglesias y monasterios de esta ciudad», para ver «si hay en ellas algunos retraídos» y que averigüen si algún cirujano ha curado heridos esta noche, lo que se lleva a cabo a lo largo de ese día veintiocho, sin éxito. Por la tarde, vuelve el Alcalde con el escribano y los alguaciles a tomar nueva declaración al herido, que no añade nada nuevo a la del día precedente. Llama, sin embargo, la atención, que en lugar de centrar las ulteriores diligencias en lo revelado por el criado Camporredondo (o en el papel, cuyo contenido ignoramos, que se guardó el Alcalde), se insiste en averiguar si en las casas donde recogieron a Ezpeleta viven mujeres que «admiten visitas de caballeros y de otras personas de día y de noche (...) de que en la vecindad hay grande murmuración y escándalo»; (...) con el fin de saber si de dichas casas «salió

²¹ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), p. 206.

la persona que hirió al dicho don Gaspar de Ezpeleta, o fue por causa de alguna de las mujeres que viven en ella»²².

Y, en efecto, comunicado al Alcalde el fallecimiento de Ezpeleta, a primera hora de la mañana del día veintinueve, las dos siguientes series de declaraciones (algunas, de testigos que ya habían depuesto), se centran en los habitantes de las casas del Rastro, procediéndose, por otra parte, a embargar los bienes del difunto en la pensión donde se aloja, cuyo inventario se recoge de manera pormenorizada en las actuaciones²³. Por fin, el Alcalde obtiene la excusa que andaba buscando en la declaración de la testigo Isabel de Ayala, viuda y beata, que aduce todo tipo de chismorreos sobre entradas y salidas de caballeros que visitan a algunas de las mujeres de la vecindad, concluyendo que «siempre le ha parecido mal y causado escándalo las demasiadas conversaciones y libertades con que viven»²⁴. Esto le basta al Alcalde para dictar un auto, ese mismo día veintinueve, ordenando «se prendan y lleven a la cárcel real de esta corte» a Miguel de Cervantes y otras diez personas, entre ellas su hija Isabel, su hermana Andrea y su sobrina Constanza.

Entre tanto, y ante la petición de declarar de la dueña de la posada de la calle Manteros donde se alojaba Ezpeleta, doña Juana Ruiz, se dirigen allí (pues está enferma) el escribano y dos alguaciles obteniendo jugosa información relativa a una «mujer tapada» que había acudido días atrás en busca de unas sortijas suyas que tenía Ezpeleta (presumiblemente, las que le encontraron cuando fue herido, como vimos más arriba) y que le reclamaba su marido, cuyo apellido (Galván) y profesión (escribano) le comunicó dicha mujer, una vez destapada, a Juana Ruiz. Se dio la coincidencia de que en el momento de acudir a tomar declaración a la posadera de la calle Manteros, se encontraba allí una mujer y dos criadas, que se negaron a comunicar su nombre, llevándola hasta el Alcalde, con quien estuvo a solas; en la declaración posterior ante el escribano dice que ya le ha dado su nombre (que en ningún momento consta en las actuaciones) al Alcalde. Con los nuevos datos, parece que éste ya debería hacerse cargo, por completo, de lo sucedido. Más aún si, como parece, esa mujer es la misma que había acudido días atrás a la pensión. Se trataría de Inés Hernández, amante de Ezpeleta,

²² Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 218-220.

²³ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 224-228.

²⁴ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 250 ss. (lo entrecomillado en el texto, en p. 254).

casada con el escribano Melchor Galván²⁵, a quien, por su profesión, conocía, sin duda el Alcalde Villarroel, quien pudo fácilmente concluir la venganza por razón de honor (bien la llevara a cabo el propio Galván, bien alguno de los familiares de su mujer) de que había sido víctima don Gaspar de Ezpeleta.

No obstante, al siguiente día, el treinta, tiene lugar la última ronda de declaraciones, ante el mismo alcalde Cristóbal de Villarroel, por parte de alguno de los encarcelados el día anterior (no, sin embargo, Cervantes), buscando quizás así el reiterado alcalde justificar este encarcelamiento, pese a carecer totalmente de sentido tras las últimas revelaciones. Prueba de ello es que el día siguiente, el 1 de julio, se reunieron en Audiencia los alcaldes Melchor de Tebes, Cristóbal de Villarroel, Alonso de Otálora y Pedro Manso, acordando²⁶ –entre otras diligencias atinentes al nombramiento de curador de las tres menores de veinticinco años– soltar «en fiado, su casa por cárcel» a los encarcelados dos días antes; excepto a Cervantes, a quien se le suelta solo «en fiado»; es decir, sin el correspondiente arresto domiciliario sustitutivo de la prisión provisional sufrida. En el mismo acuerdo se destierra a uno de los detenidos, Diego de Miranda, al resultar de lo actuado la sospecha de amancebamiento con una de las vecinas de las casas del Rastro, doña Mariana Ramírez, delito por el que ya habían sido procesados previamente.

Se recogen a continuación, en el manuscrito que nos ocupa, una serie de actuaciones procesales, entre las cuales la petición (el día 6 de julio), por parte de las personas «presas en la casa por cárcel», de que «se les alce la carcelería, soltándolas libremente», «pues se sabe que no tienen culpa»; petición de la que se dio traslado a la otra parte, en este caso, el marqués de Falces, en cuanto albacea de Ezpeleta, antes de convocar la audiencia «para proveer justicia». No consta la decisión final aunque, como señala Canavaggio, debe inferirse que la investigación se dio por concluida, pues por esos mismos días, a petición del mencionado marqués de Falces, se «desembargaron» los bienes de Ezpeleta, ante la necesidad de venderlos y «hacer almoneda de ellos», para «cumplir su testamento»²⁷. La última diligencia incluida tiene fecha de 17 de julio, y se refiere a la devolución al marqués de Falces, por

²⁵ El nombre del escribano Galván, el de su mujer, y ulteriores datos sobre la vida del matrimonio, fueron dados a conocer por ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), pp. 89 ss.

²⁶ El texto del Acuerdo (incluida la curaduría) en «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 282-284.

²⁷ Véase CANAVAGGIO, J., «Aproximación...», cit. (nota 9), p. 48 y «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 286.

parte del alguacil Diego García, de (entre otros objetos) las dos sortijas a que más arriba nos referíamos, como depositario de las mismas.

Las actuaciones judiciales que acabamos de resumir se prestan a lecturas muy diversas. Así, la investigación de Canavaggio resalta «la «porción de vida» que nos proporciona a su modo el proceso»²⁸ y de ahí que se centre (de manera muy sugerente) en aspectos como la topografía del Valladolid de la época, los protagonistas y su relación de vecindad, las actividades a que se dedican, si se trata o no de personas analfabetas, su forma de vida (muy alejada, obviamente, de la que narra la *Fastignia* de Pinheiro de Veiga, evocada más arriba) y, en particular, la familia de Cervantes y los amigos de éste que aparecen mencionados²⁹. Aquí será otra la perspectiva de enfoque. Trataremos de encuadrar, de la manera sucinta que exige una contribución de estas características, las reiteradas actuaciones en el contexto del derecho y proceso penal del momento en que se producen los hechos objeto de enjuiciamiento³⁰.

IV. Apunte histórico-penal

El primer dato que cabe tomar en consideración en las actuaciones judiciales que nos ocupan es el de la *competencia*, a cargo del «Alcalde de Casa y Corte», órgano del máximo rango, como pone de manifiesto, Sebastián de Covarrubias, en su célebre diccionario, donde tras definir el término alcalde e indicar su posible etimología, añade: «Hay muchas diferencias de alcaldes: los preeminentes son los Casa y Corte de su Majestad y los de las Chancillerías»³¹. Como indica María Paz Alonso, conocían, «en primer lugar (...) de todos los procesos civiles y criminales del lugar de residencia de la corte y cinco leguas alrededor»³².

En cuanto al *modelo de procedimiento*, como también desarrolla esta autora de referencia, se había producido ya, en el período que nos ocu-

²⁸ Véase CANAVAGGIO, J., «Aproximación...», cit. (nota 9), p. 49.

²⁹ Véase CANAVAGGIO, J., «Aproximación...», cit. (nota 9), pp. 49 ss. y «Cervantes en Valladolid», cit. (nota 5), pp. 77 ss.

³⁰ En esta misma dirección, muy recientemente MATA Y MARTÍN, R., «La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villalar y otros episodios», en *ADPCP 2020*, pp. 91-138, donde se ofrece un completo estudio de la administración de justicia penal en el período inmediatamente anterior (primer tercio del siglo XVI) al que aquí nos ocupa.

³¹ Véase COVARRUBIAS Y OROZCO, S. *Tesoro de la lengua castellana o española*, ed. a cargo de I. Arellano y R. Zafra, Madrid (Vervuert) 2006, entrada «alcalde» (p. 89).

³² Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) 1982, pp. 115 ss. (p. 127), y VILLALBA PÉREZ, E., *La administración...*, cit. (nota 17), pp. 118 ss. (p. 122)

pa, la superación del enfrentamiento entre proceso acusatorio e inquisitivo, apareciendo un tipo de procedimiento mixto, «en el que sin embargo queda gradualmente afirmada la orientación inquisitiva del proceso en su conjunto»³³. Y, en fecha más reciente, expone también con detenimiento Barona la evolución desde el proceso penal de las Partidas que califica como «modelo inquisitivo penal romano-canónico»³⁴, hacia un «modelo mixto romano-canónico», «con elementos acusatorios y tinte inquisitivo», siendo en el siglo XVI cuando se produce la fusión de los dos modelos tradicionales, simbiosis que no se lleva a cabo «mediante una transformación legal», sino «en la puesta en escena procesal»³⁵. Y, desde otro punto de vista, atinente a las concretas actuaciones procesales a desarrollar, también se hace eco la doctrina del progresivo tránsito desde el denominado «orden complejo», que en principio es el procedimiento ordinario, hacia el que se conoce como «orden simplificado», que precisamente tiene su origen «en el modo de sustanciar los alcaldes de casa y corte»³⁶, lo que explica el carácter de las actuaciones llevadas a cabo en el «caso Ezpeleta».

Como también reflejan éstas uno de los rasgos en que se manifiesta, en palabras de Alonso Romero, «la principal supervivencia del proceso inquisitivo puro», la fase de «información sumaria», orientada a la «finalidad inmediata de la averiguación del delito y de sus circunstancias, así como de sus presuntos autores»³⁷. En este sentido, una vez verificado el delito, «se procede al interrogatorio bajo juramento de cuantas personas se piense que pueden aportar alguna luz sobre los hechos y sus posibles autores»³⁸. Fase procesal caracterizada, siempre según esta autora, por su carácter parcial y desigual, por cuanto más que de una indagación de carácter objetivo, se trata de buscar ante todo datos inculpatorios, por más que deban ser luego ratificados en el plenario³⁹. Carácter

³³ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 91 ss. (el pasaje entrecomillado en el texto, en p. 91). Véase, además, TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho penal...*, cit. (nota 11), pp. 153 ss. y VILLALBA PÉREZ, E., *La administración...*, cit. (nota 17), pp. 83 ss.

³⁴ BARONA VILLAR, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2017, pp. 158 ss.

³⁵ Véase BARONA VILLAR, S., *Proceso penal...*, cit. (nota 34), pp. 232 ss. (p. 233).

³⁶ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 159 ss. (el pasaje entrecomillado en el texto, en p. 168). Cfr. además, VILLALBA PÉREZ, E., *La administración...*, cit. (nota 17), pp. 195 ss.

³⁷ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 189 ss. (los pasajes entrecomillados en el texto, en p. 189).

³⁸ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), p. 191.

³⁹ Amplia información en ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 189 ss.

inquisitivo de la indagación que, insistimos, se desprende de manera clara de la lectura del expediente que nos ocupa.

Como también se extrae del mismo, con notable claridad, el papel respectivo de los distintos *sujetos* intervinientes de la administración de justicia del período: alcaldes, escribanos y alguaciles, puntualmente señalados en cada una de las actuaciones. Nos informa de nuevo Alonso Romero de que «los autores insisten en que la información sumaria debe ser hecha en persona por el juez, sobre todo en delitos graves, sin encomendarla al escribano»; pero añade a continuación que «la normativa al respecto no está clara». Y de hecho «con enorme frecuencia, quienes en realidad disponían del proceso no eran ya los jueces, sino los propios escribanos»⁴⁰. En el manuscrito que recoge el «proceso Ezpeleta» se puede comprobar que, aunque sin duda dirige las actuaciones el alcalde Cristóbal de Villarroel, en algunos de los interrogatorios solo se consigna la presencia del escribano Fernando de Velasco. Por su parte, los alguaciles cumplían –también se aprecia en estas actuaciones– una función auxiliar y subordinada, como encargados de ejecutar las órdenes de los alcaldes. En cuanto a la importancia del escribano, recoge la profesora Alonso una cita del propio Cervantes (de la novela ejemplar «Rinconete y Cortadillo») en el sentido de que entre los bienhechores de los hombres está el escribano «que si anda de buena no hay delito que sea culpa ni culpa a quien se dé mucha pena»⁴¹. Siendo esto así, se explica perfectamente el «carpetazo» que se da a la investigación de la muerte de Ezpeleta en cuanto aparece presuntamente implicado el escribano Melchor Galván.

Junto a los interrogatorios, sucintamente relatados más arriba, llama la atención, en estas diligencias abiertas con motivo de la muerte de Ezpeleta, el distinto destino provisional que se da a los bienes del difunto. Dejando a un lado el papel hallado encima y que, como dijimos, se queda el alcalde, sin dejar reflejo documental de su contenido, se entregan en *depósito* las reiteradas sortijas (y algún otro objeto, como guantes, llaves, etc.), halladas también en las primeras actuaciones, a uno de los alguaciles, Diego García, siendo el recibí de su devolución, como también expusimos, el último de los documentos del manuscrito que nos ocupa. Sin embargo, el depositario de algunas de las ropas de Ezpeleta («unas calzas, un jubón y una ropilla») fue el mismo Cervantes,

⁴⁰ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 194-195. Para el papel de estos distintos intervinientes, véase también VILLALBA PÉREZ, E., *La administración...*, cit. (nota 17), pp. 223 ss.

⁴¹ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), p. 195.

quien se vio obligado, en un otrosí a la petición de levantamiento de los arrestos domiciliarios, a solicitar las recogieran «porque se pudre con la sangre que tiene»⁴². Por su parte, los bienes de Ezpeleta que se encontraban en su alojamiento de la calle Manteros, quedaron en depósito de la posadera, Juana Ruiz.

La indagación judicial conduce, como veíamos, a Cervantes y a otras diez personas, a prisión. Volviendo de nuevo a la obra de referencia de la profesora Alonso Romero, en cuanto estima el juez que hay indicios suficientes de culpabilidad, emite mandamiento de prisión, gozando a tal efecto, de un amplio margen de libertad: «los indicios son a veces tan nimios, que ni siquiera merecerían la calificación de tales». Prisión que, por otra parte, «se utiliza de manera directa como medio de coacción sobre el reo», esto es, con el fin de obtener la confesión, en torno a cuya consecución «gira todo el mecanismo procesal»⁴³. Apenas es necesario recordar, por otra parte, la licitud del tormento como técnica dirigida a obtener aquella. Qué duda cabe de que, en el caso que nos ocupa, la *prisión preventiva* de esas once personas resultaba, a la luz de lo hasta entonces indagado, una verdadera desmesura. Máxime si tenemos presente que de los distintos testimonios se desprende que quien causó las heridas mortales a don Gaspar de Ezpeleta era un varón –incluso una testigo cree que podría reconocerlo si lo viera– y la mayor parte de las personas contra quienes se decreta la prisión provisional son mujeres. De los tres varones, don son encarcelados fundamentalmente por sospechas de amancebamiento, como se verá a continuación y, además, uno de ellos, Simón Méndez, amigo de Cervantes, estaba ya en prisión por deudas. En cuanto al tercero –el propio Miguel de Cervantes–, los diversos testimonios señalan que fue sacado de la cama para auxiliar al traslado del herido; además, se le hizo, como acabamos de ver, depositario de algunas de las prendas de Ezpeleta; y, finalmente –y ello es especialmente significativo–, ni siquiera se molesta el alcalde en interrogarle de nuevo una vez en prisión.

Otro dato llamativo de las actuaciones judiciales que estamos considerando es que, en el «acuerdo» por el que se alza la prisión provisional⁴⁴, se decretan, en el caso de Simón Méndez, una especie de primitiva medida de *alejamiento*, al prohibirle que «entre en esta casa, ni hable en público ni en secreto con esta mujer», en referencia, al parecer

⁴² Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), p. 285.

⁴³ Véase ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 196 ss. (los pasajes entrecorillados en el texto, en pp. 198, 199 y 205, respectivamente).

⁴⁴ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), pp. 284.

a Isabel de Saavedra, la hija de Cervantes, aunque no se menciona su nombre en el texto de esta parte del acuerdo. A su vez, a Diego de Miranda se le ordena que «dentro de quince días se despache y salga de esta corte y no se junte en público ni en secreto él ni doña Mariana Ramírez, pena de ser castigados por amancebados». Es decir, se establece, junto a la prohibición de aproximación, una especie de medida cautelar de destierro, con apercibimiento de que su quebrantamiento conduciría al castigo por amancebamiento, delito por el que, como también vimos, ya habían sido procesados anteriormente⁴⁵. Aunque no eran estas presuntas relaciones ilícitas el objeto de la indagación judicial, aparecen en ellas, según el criterio del alcalde, como una especie de «hecho notorio» y en relación a los mismos, nos recuerda también Alonso Romero, era posible castigarlos en el acto, sin ninguna cognición previa⁴⁶. En el caso que nos ocupa, no se trata, sin embargo, de condenas en sentido estricto, sino más bien de medidas de carácter cautelar.

Apenas es necesario mencionar, en fin, cómo se desprende también de las actuaciones que nos ocupan la manifiesta *desigualdad ante la ley*⁴⁷, que no solo se pone de manifiesto en el hecho de no dirigir las actuaciones contra quien más indicios se acumulan, pero resulta ser un escribano, sino también en el trato dado a su esposa, a quien bastó aducir que era «mujer principal»⁴⁸, para que no tuviera que identificarse y fuera llevada directamente ante el Alcalde Villarroel, quien no deja constancia de lo que entre ellos trataron. Más aún, los nobles reiteradamente citados en los interrogatorios como asiduos visitantes de las casas del rastro (como el duque de Pastrana, o el de Maqueda, o el marqués de Cocentaina), en ningún momento son citados a declarar⁴⁹.

⁴⁵ Para las distintas modalidades del delito de amancebamiento y sus sanciones correspondientes, en el período que nos ocupa, véase solo PRADILLA Y BARNUEVO, F., *Suma de las leyes penales* (edición facsimilar de la publicada en Madrid en 1639), Valladolid (Lex Nova) 1996, capítulo XIII, donde distingue pormenorizadamente según se trate del derecho común o el canónico y en función, además de si el varón es casado o soltero, clérigo, etc.

⁴⁶ Véase ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...*, cit. (nota 32), pp. 310 ss. Cfr. además, muy recientemente, MATA Y MARTÍN, R., «La justicia penal...», cit. (nota 30), pp. 111 ss.

⁴⁷ Véase, por todos, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal...*, cit. (nota 11), pp. 317 ss. Cfr. además en la doctrina más reciente, DE LAS HERAS, J. L., «Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la Justicia de la España de los Habsburgo», en *Estudios humanísticos. Historia* núm. 12 (2013), pp. 185-213 (pp. 186 ss.)

⁴⁸ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), p. 258.

⁴⁹ Lo destaca ASTANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), p. 104, indicando que «en una causa criminal llevada con regularidad, no hubieran escapado de comparecer ante el alcalde de corte».

Y tampoco es necesario insistir en uno de los rasgos que frecuentemente se aducen como característicos del período que nos ocupa: el amplio *arbitrio judicial*. Ello explica, por ejemplo, la orientación que, en la búsqueda de culpables, siguen las actuaciones del Alcalde, incluso cuando todos los indicios encontrados apuntan en una dirección muy distinta. Cuestión diversa –y en la que no podemos entrar aquí– es si, como pretende Tomás y Valiente, la orientación fundamental de dicho arbitrio judicial es la búsqueda de un culpable, dado que, en caso de imposición de una multa, una parte de la misma de la percibe el mismo juez⁵⁰; o, como sostienen otros autores, el arbitrio judicial sirvió en buena medida para atemperar la dureza de la justicia penal del período⁵¹.

V. Consideraciones finales

La precipitada conclusión del procedimiento, sin haber hallado (ni buscado) al responsable de la muerte de Ezpeleta, dista de ser excepcional. Como nos recuerda Tomás y Valiente, «en cuestiones de honor marital ofendido solía la justicia inhibirse»⁵². De hecho, resulta significativo que en la *Fastigia* de Pinheiro da Veiga, donde se detallan, a modo de diario, distintos hechos acaecidos en esos días en Valladolid, mencionando incluso, de nuevo, en su entrada correspondiente al día 28 de junio, al personaje de don Quijote⁵³, no se recoge nada del suceso que nos ocupa. Lo que no quiere decir que no trascendiera; en este sentido, recoge Martín Aires una serie de pasajes del capítulo XVII del denominado «Quijote de Avellaneda», que muestran cómo su autor

⁵⁰ Véase TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal...*, cit. (nota 11), pp. 163 ss.

⁵¹ En este sentido, por ejemplo, los trabajos de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., «¿Arbitrariedad o arbitrio? El otro derecho penal de la otra monarquía (no) absoluta», o ESTEVES SANTAMARÍA, M. P., «Sea enforcado altos los pies fasta que naturalmente muera. El arbitrio judicial en los procesos por homicidio ante la Chancillería de Valladolid en el tránsito a la Edad Moderna», trabajos ambos publicados en Sánchez-Arcilla Bernal, J. (Coord.), *El arbitrio judicial...*, cit. (nota 12), pp. 9-46 y 221-262, respectivamente.

⁵² Véase TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal...*, cit. (nota 11), p. 71. En palabras de ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), p. 107, «un muerto de desafío era cosa tan corriente entonces y la fama de la víctima tan poco recomendable, que (...) la justicia se mostró remisa, a poco que el escribano Melchor Galván interpusiera su influjo, y todo quedó en la impunidad».

⁵³ Véase, PINHEIRO DA VEIGA, T., *Fastigia...*, cit. (nota 6), pp. 188 ss., para los días 27 de junio y siguientes. En concreto, anota el día 28: «Estando en este paso, vinieron a llamarme que fuese a ver la más notable farsa y figura que podía haber. Fue el caso que, pasando un Don Quijote, vestido de verde, muy desmalazado y alto de cuerpo...» (p. 194). Nueva prueba del inmediato éxito de la novela, como señalábamos más arriba.

«estaba al tanto, si no de todos los pormenores del caso, del resultado del procesamiento y de la incidencia de las habladurías posteriores en la reputación de Cervantes y su familia»⁵⁴.

Y para la familia de Cervantes, este ingreso, por breve que fuera, en la cárcel de Valladolid, tenía connotaciones especiales. Como recuerdan sus biógrafos, por ella pasó su abuelo, el licenciado Juan de Cervantes⁵⁵ y su padre, el médico-cirujano Rodrigo quien, con alguna intermitencia, estuvo en ella entre el día 2 de julio de 1552 y febrero del año siguiente, acosado por sus acreedores, durante la primera estancia del escritor (de abril de 1551 a abril de 1553), en Valladolid, donde llegó su familia cuando contaba con poco más de tres años de edad⁵⁶. No hace falta recordar, por otra parte, la previa y amplia experiencia carcelaria del mismo Miguel de Cervantes (Argel, Castro del Río y Sevilla)⁵⁷. Ahora bien, es esta última ocasión que aquí nos ha ocupado la que brinda la oportunidad de leer unas actuaciones judiciales que no solo arrojan luz sobre el procedimiento penal de la época, sino que ofrecen una precisa caracterización de nuestro escritor, a cargo de su hermana Andrea quien, estando encarcelada, y a preguntas del alcalde, señala que «algunas personas entran a visitar al dicho su hermano por ser hombre que escribe e trata negocios e que por su buena habilidad tiene amigos»⁵⁸.

⁵⁴ Véase MARTÍN AIRES, C., «Prólogo», cit. (nota 9), pp. 9 ss. (p. 12).

⁵⁵ Lo recuerda ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), p. 87.

⁵⁶ Para la primera estancia de Cervantes en Valladolid y, en particular, en relación a las sucesivas entradas en prisión por deudas de su padre Rodrigo, véase solo CANAVAGGIO, J., *Cervantes en Valladolid*, cit. (nota 5), pp. 70-71 y *Cervantes...*, cit. (nota 9), pp. 27 ss.

⁵⁷ Lo recuerda también ASTRANA MARÍN, L., *Vida ejemplar y heroica...*, cit. (nota 9), p. 87.

⁵⁸ Véase «Transcripción...», cit. (nota 14), p. 267.

SULLA STRUTTURA «CONCORSUALE» DELL'ILLECITO PUNITIVO DELLE PERSONE GIURIDICHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

MARCO MARIA SCOLETTA

I. Alla ricerca di una «dogmatica» per l'illecito punitivo dell'ente

A distanza di ormai vent'anni dall'introduzione, nell'ordinamento giuridico italiano, della normativa che introduce e disciplina la responsabilità da reato degli enti collettivi –relegando nella «storia del diritto» il principio cristallizzato dalla saggezza e dalla sapienza giuridica di Papa Innocenzo IV¹: *societas delinquere non potest*– non si è ancora trovata una ragionevole convergenza di opinioni sulla struttura basica del «fatto illecito» della persona giuridica tipizzato dal d.lgs. n. 231/2001, ovvero sulla schema dogmatico entro il quale incasellare il nuovo illecito punitivo allo scopo di elaborare compiutamente una «sistematica», una «teoria generale» che guidi anche l'interprete a risolvere coerentemente i nodi ermeneutici rilevanti in sede giurisdizionale.

Il problema relativo alla struttura dell'illecito è peraltro indipendente dalla *querelle* relativa alla natura della responsabilità: riguardo a tale aspetto, si è ormai consolidata, soprattutto nella giurisprudenza, la teoria del *tertium genus*, un «ibrido» tra penale e amministrativo, che «coniuga i tratti essenziali» dei due sotto-sistemi sanzionatori disciplinati compiutamente dal nostro ordinamento giuridico nazionale².

¹ Lo ricorda con la consueta e raffinata attenzione ai riferimenti storici e letterari, Luis ARROYO ZAPATERO, «Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna», in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 179 s.; ancora *id.*, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nella penisola iberica*, in A. Fiorella/A. M. Stile (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Napoli, 2012, pp. 107 ss.

² Così Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, *ThyssenKrupp* (in *Soc.*, 2015, pp. 215 ss., con nota di R. BARTOLI, e *ivi*, 2015, pp. 1285 ss., con nota di C. E. PALIERO), secondo

Una soluzione, questa, forse non completamente appagante –in quanto lascia aperte numerose questioni «di disciplina» (relative cioè alla possibile applicazione analogica di istituti della parte generale del diritto penale piuttosto che di quella dell'illecito amministrativo)– ma che d'altra parte inserisce *optimo iure* l'illecito dell'ente nel circuito garantistico della materia penale, come definito dalla Convenzione Europea³.

Come si diceva, tuttavia, resta impregiudicata la questione dogmatica relativa, in particolare, alla fisionomia strutturale del tipo di illecito «proprio» dell'ente collettivo; gli elementi costituiti di tale illecito sono invero ben definiti⁴:

(i) il reato-presupposto, cioè un illecito penale della persona fisica tra quelli che la legge ascrive espressamente anche alla responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001;

(ii) il legame funzionale tra l'ente collettivo e la persona fisica autore materiale del reato, che deve rivestire un ruolo –«di diritto» o anche solo «di fatto»– di soggetto apicale o di subordinato all'interno dell'organizzazione aziendale;

(iii) la direzionalità soggettiva del reato «all'interesse» dell'ente (valutazione *ex ante*) o, alternativamente, la sua oggettiva ricaduta «a vantaggio» della persona giuridica (valutazione *ex post*)⁵;

(iv) la colpa di organizzazione, cioè la mancata adozione o mancata attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati-presupposto della specie di quello verificatosi⁶.

Al di là di questo dato analitico-oggettivo, tuttavia, non si va: i nessi funzionali tra i diversi elementi –e soprattutto, fundamentalmen-

cui si tratterebbe di «un sottosistema distinto ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di terzo binario del diritto criminale».

³ Per un resoconto della discussione in ordine alla natura della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001, cfr. M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. CANZIO/L. D. CERQUA/L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società, Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, pp. 819 ss.

⁴ Per un approfondimento sintetico di tutte le questioni poste dal modello imputativo della responsabilità agli enti, si rinvia ancora a M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit.

⁵ Per un quadro aggiornato e completo delle problematiche e degli orientamenti giurisprudenziali, cfr. A. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Leg. pen.*, 11 gennaio 2016.

⁶ Per un inquadramento sistematico e comparatistico del particolare modello di «colpevolezza d'impresa» disegnata dal d.lgs. n. 231/2001, cfr. A. NIETO MARTIN, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas; un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 127 ss.

te, quello tra la colpa organizzativa e il reato— non sono ancora chiari nella loro interdipendenza logico-giuridica e dunque nella loro fisionomia dogmatica; in altre parole —appunto— nel loro farsi «struttura formale» del fatto tipico dell'ente collettivo.

L'interrogativo principale —che si colloca «a monte» di tutto il discorso— è quello, ancora attuale, di cui la dottrina, a distanza di qualche anno dall'entrata in vigore del decreto, aveva sottolineato la centralità concettuale nella prospettiva di stimolare, nel dibattito dottrinale, l'approfondimento di una «teoria generale» dell'illecito punitivo dell'ente: «di cosa» è chiamata a rispondere la persona giuridica? Del fatto di reato o di un diverso e autonomo fatto illecito? E dunque: unicità/identità o pluralità/alterità di illeciti, rispetto a quello della persona fisica?⁷

È proprio questo il nodo che occorre dipanare e che invece risulta ancora particolarmente aggrovigliato, non solo nel dibattito dottrinale, ma anche —di riflesso, ma con un concreto impatto sistematico— nella elaborazione giurisprudenziale. Non si tratta di una questione meramente accademica o classificatoria, come potrebbe superficialmente apparire: la definizione della struttura dogmatica dell'illecito, infatti, non solo condiziona decisamente l'articolazione logica e cronologica dell'accertamento processuale, ma costituisce altresì il presupposto logico-giuridico per risolvere, pur senza cedere a rigidi automatismi (v. *infra*), una serie di problemi esegetici ed applicativi lasciati aperti dalla disciplina legislativa, rispetto ai quali i vincoli di coerenza dogmatica potrebbero ragionevolmente guidare la discrezionalità degli interpreti. La definizione dogmatica dell'illecito, in sostanza, diventa garanzia di una ragionevole interpretazione della disciplina punitiva, tanto sostanziale quanto processuale.

II. La tesi della unicità di illecito

L'orientamento monista riconosce l'esistenza di un solo fatto illecito —il «reato»—, che è però oggetto di una duplice qualificazione giuridica e in questo modo cumulativamente ascrivibile sia alla persona fisica, secondo la tradizionale sistematica della responsabilità penale

⁷ C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 ss.; interrogativi ancora riproposti, problematicamente, in ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 1-2, pp. 188 ss.

individuale, sia all'ente collettivo, in forza dei criteri oggettivi di imputazione costituiti dalla qualifica soggettiva dell'agente (funzionalmente legato all'ente) e dalla sussistenza dell'interesse o del vantaggio⁸; anche la colpa di organizzazione –se e quando effettivamente rilevante nella struttura dell'illecito dell'ente– giocherebbe una sostanziale funzione imputativa, integrando il nesso «soggettivo» di ascrizione del fatto di reato alla persona giuridica.

Anche in giurisprudenza, un primo filone interpretativo aderisce alla tesi monista, facendo leva fundamentalmente sul criterio della «immedesimazione organica» (la persona giuridica cioè agisce organicamente attraverso la condotta tipica della persona fisica autrice del reato), che emergerebbe dall'art. 6: in tale prospettiva, è stato espressamente affermato che «l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda», o ancora più esplicitamente, ritenendo che il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 «si basa sull'assunto che il reato è fatto della società, di cui essa deve rispondere»⁹; nella medesima prospettiva, si è affermato che la tipicità dell'illecito dell'ente sarebbe «integrata esclusivamente dalla commissione di un delitto presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto in posizione apicale»¹⁰.

III. La tesi della pluralità di illeciti

Nella diversa prospettiva pluralista, l'illecito proprio dell'ente è stato invece individuato nel «difetto di organizzazione», rilevante già sul piano della tipicità oggettiva e dogmaticamente riconducibile allo

⁸ G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 313 ss., pp. 404 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1126 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, 23, pp. 8 ss. In relazione all'art. 6 d.lgs. 231/2001, anche A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, Torino, 2018, pp. 100 ss.

⁹ Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1876 ss. e in *Soc.*, 2010, pp. 1243 ss.; Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 2009, n. 36083, Mussoni, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1938 ss.

¹⁰ Trib. Milano, 3 gennaio 2011, G.u.p. D'Arcangelo, in *www.rivista.231.it*, secondo cui «l'adozione di un idoneo modello organizzativo e la sua efficace attuazione costituiscono non già elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti, ma assumono esclusivamente valenza esimente di un illecito già completo in tutti i suoi elementi costitutivi».

schema del «reato omissivo proprio colposo» o a quello della «agevolazione»¹¹. La colpa organizzativa, secondo questa impostazione, non integrerebbe un mero coefficiente soggettivo di ascrizione della responsabilità collettiva, ma, appunto, il fatto illecito «proprio» dell'ente, consistente nell'aver omesso di porre in essere la condotta organizzativa doverosa, ovvero nell'aver agevolato la realizzazione del reato (un *aliud*, dunque, rispetto al fatto illecito individuale)¹².

La progressiva centralità sistematica riconosciuta alla colpa organizzativa¹³ nella struttura dell'illecito ha indotto un più recente (ed ora più diffuso) filone giurisprudenziale a sposare la tesi dell'autonomia strutturale dell'illecito collettivo, che configurerebbe una «fattispecie complessa» rispetto alla quale il reato «sarebbe solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente (...) accanto alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio. (...) Solo in presenza di tali elementi la responsabilità si estende dall'individuo all'ente collettivo, in presenza cioè di criteri di collegamento teleologico dell'azione del primo all'interesse o al vantaggio dell'altro, che risponde autonomamente dell'illecito «amministrativo». Ne deriva che tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone. Di conseguenza (...) l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende»¹⁴.

¹¹ In questo senso in dottrina soprattutto. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 43; ma si vedano anche, con diverse sfumature –ovvero richiamando lo schema dell'illecito di «omesso impedimento» (omissivo improprio)–, A. Fiorella, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in Aa. Vv., *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. Lancellotti, Torino, 2003, 85 ss.; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento «dogmatico» della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., p. 229; F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino 2004, p. 36; M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, *Leg. pen.*, 2003, p. 365; M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017, p. 8.

¹² Una compiuta elaborazione dogmatica di questo modello si deve a G. HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, che individua proprio nella «disorganizzazione» il fatto illecito dell'ente, rispetto al quale il reato costituisce condizione obiettiva di punibilità.

¹³ Sulla colpa organizzativa, fondamentalmente, C. E. PALIERO/C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 3, pp. 167 ss.; C. E. PALIERO, *Das Organisationsverschulden*, in U. SIEBER/G. DANNECKER/U. KINDHÄUSER/J. VOGEL-T. WALTER (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen (FS für Klaus Tiedemann)*, Köln, 2008, pp. 503 ss.

¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 431 ss., con nota adesiva –a «rinforzo» argomentativo dell'impostazione giurisprudenziale– di F. MUCCIARELLI,

L'impostazione pluralista è stata incidentalmente ma espressamente recepita anche in un più recente intervento delle Sezioni Unite, secondo cui «la società non è mai autore del reato o concorrente nello stesso»¹⁵, nonché dalla stessa Corte Costituzionale¹⁶, per la quale «l'ente e l'autore di questo non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi»

Più articolato e meno univoco sul punto appare invece l'approccio della celebre sentenza *Espenhanh*¹⁷ –pronuncia che rappresenta, ad oggi, l'elaborazione giurisprudenziale più compiuta e approfondita in materia di responsabilità da reato degli enti–, in cui le Sezioni Unite, da una parte, hanno riconosciuto che «il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come «proprio» anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda»; dall'altra, tuttavia, hanno individuato la specifica e autonoma colpevolezza dell'ente nella «colpa di organizzazione», fondativa di un rimprovero che «riguarda l'ente e non il soggetto che per esso ha agito»; ancora, hanno affermato come la responsabilità della persona fisica per il reato si estenda «per rimbalzo» dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente». Un'impostazione, quindi, che non offre significativi appigli dogmatici: da una parte, si riprendono fondamentalmente le cadenze argomentative delle teorie vicariali

Il fatto illecito dell'ente, cit.: fattispecie nella quale la Corte, sulla base della mancanza di un autonomo «reato» in senso tecnico» dell'ente, ha escluso che nel processo instaurato per l'accertamento della responsabilità da reato collettiva sia ammissibile la costituzione della parte civile. V. anche Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2016, n. 28299, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 934; Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 49056, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, p. 219; Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33044, in *DeJure*, secondo cui «l'ente è chiamato a rispondere per un fatto proprio che ha per presupposto il reato compiuto dalla persona fisica ma è che è attribuito alla persona giuridica secondo criteri di imputazione oggettivi e soggettivi propri»: sulla base di tale premessa la Corte ha affermato che la persona fisica autrice del reato presupposto è un soggetto terzo rispetto al sequestro preventivo disposto ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e, di conseguenza, non ha diritto alla restituzione dei beni sequestrati appartenenti all'ente, né è legittimata a proporre istanza di riesame contro il provvedimento di sequestro disposto nei confronti della persona giuridica». Da ultimo, a margine del problema relativo all'applicabilità del d.lgs. 231/2001 agli enti stranieri privi di sedi secondarie in Italia, parla di responsabilità comunque «autonoma», benché «derivata» da reato, Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in *Soc.*, 2020, pp. 619 ss., con nota di M. SCOLETTA (sulla specifica questione v. tuttavia *infra*, nt. 23).

¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert, in *Soc.*, 2014, pp. 487 ss.

¹⁶ Corte Cost., 18 luglio 2014, n. 218, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1168.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

(quindi «unicità» dell'illecito), dall'altra, il riferimento al fatto di disorganizzazione quale nucleo essenziale del rimprovero rivolto all'ente, potrebbe essere espressivo di una «alterità» dell'illecito collettivo («complesso») rispetto a quello individuale.

IV. Confutazione e limiti funzionali della tesi pluralista

La teoria pluralista, che come illustrato fonda la soluzione a favore della «alterità» giuridica e funzionale degli illeciti, non appare condivisibile, perché –per come fino ad oggi elaborata in dottrina e giurisprudenza– non pare trovare adeguato sostegno né sul piano letterale del dettato legislativo, né sul piano sistematico, né su quello dogmatico; al contrario, la maggior parte degli argomenti giuridici militano per la soluzione opposta.

(a) Sul piano letterale è infatti indubitabile che, nella impostazione originaria (e originalista) del legislatore, la colpa di organizzazione rappresenti –quantomeno nel modello imputativo dell'art. 6 (responsabilità derivante da reato commesso da soggetti apicali)– un «elemento impeditivo» (e non costitutivo) dell'illecito «amministrativo» dell'ente, tanto da essere oggetto di onere probatorio non in capo alla Pubblica Accusa ma in capo all'ente imputato (come riconosciuto dalla maggioranza della dottrina penalistica all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001¹⁸). Il paradigma imputativo principale, nell'impostazione del legislatore storico, era senz'altro quello della immedesimazione organica, sebbene «temperato» dalla efficacia esimente attribuita alla dimostrazione, posta a carico dell'ente, dell'adeguatezza del Modello organizzativo (*i.e.* dell'assenza, appunto, di una «colpa organizzativa»). Solo in via pretoria la colpa di organizzazione è stata

¹⁸ In dottrina si è fatto riferimento alla categoria delle scusanti (ad es. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 107; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1135 ss.), delle cause di non punibilità (D. PULITANO, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 428; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.* 2005, p. 322) o di «esclusione della sanzionabilità» (G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 100), o comunque, in un'ottica processuale, al *genus* dei fatti impeditivi dell'illecito, in contrapposizione rispetto ai fatti (P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. & giust.*, 2001, 29, p. 80; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1348).

re-inquadrata dalla Suprema Corte¹⁹ come un elemento essenziale dell'illecito collettivo e a tal fine è stato necessario negare –con un intervento ermeneutico chiaramente *contra legem*, benchè funzionale a fugare i dubbi di compatibilità con il principio di colpevolezza²⁰– che tale profilo sia oggetto di una inversione dell'onere probatorio nella struttura dell'art. 6.

Ebbene, al di là del fatto che tale affermazione appare essere solo teorica se osservata nella realtà applicativa della giurisprudenza di merito²¹, e risulta spesso apertamente smentita anche dalla stessa giurisprudenza di legittimità²², sembrerebbe davvero una forzatura individuare *de lege lata* proprio in tale elemento –originariamente addirittura «esterno» al tipo di illecito– l'essenza di un autonomo fatto illecito dell'ente.

(b) Che il fatto imputabile all'ente –l'oggetto del rimprovero punitivo– sia fondamentale il reato è confermato da una pluralità di profili sistematici: il più inequivocabile è l'assetto dell'apparato punitivo, che –come noto– è graduato principalmente in relazione al disvalore del fatto di reato: la forbice edittale della sanzione pecuniaria è infatti sempre definita sulla base di tale parametro, al quale pure dovrà fare riferimento il giudice nella fase di commisurazione in concreto²³. La rilevanza legalmente attribuita anche alla colpa di organizzazione, soprattutto in una logica riparatoria e premiale (dunque *post factum*: art. 12, comma 2, lett. a; art. 17 lett. b), ma anche nella scelta applicativa della sanzioni interdittive (rispetto alle quali è valorizzato il «gra-

¹⁹ Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.: «Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della (...) carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria».

²⁰ Per approfondimenti cfr. M. SCOLETTA, *Art. 6, Profili penalistici*, in D. CASTRONOVO/G. DE SIMONE/E. GINEVRA/A. LIONZO/D. NEGRI/G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 132 ss.

²¹ Per esempio, *ex multis*, Trib. Milano, 8 marzo 2018, n. 839, *inedita*, in cui la condanna della persona giuridica si fonda sul rilievo che «non risulta dimostrata, da parte dell'ente, la sussistenza delle circostanze che avrebbero potuto escluderne la responsabilità ai sensi dell'art. 6».

²² Si veda ad esempio Cass. pen., sez. III, 6 maggio 2019, n. 18842, in *DeJure*: «una volta accertata la commissione di determinati reati da parte delle persone fisiche che esercitano funzioni apicali (...), incombe sugli enti l'onere, con effetti liberatori, di dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

²³ L'art. 11 d.lgs. 231/2001 contempla tra i criteri di commisurazione la «gravità del fatto» (v. in proposito C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, pp. 223-224).

do» della colpa organizzativa: art. 12 lett. a) ²⁴, non inficia il dato decisivo, per cui il disvalore dell'illecito collettivo si misura con fondamentale riferimento agli elementi oggettivi e soggettivi del reato.

Sempre sul piano sistematico, una delle ulteriori conferme deriva dalla disciplina dell'art. 4 del d.lgs. n. 231/2001, ovvero dai criteri che definiscono l'efficacia spaziale della legge punitiva italiana ²⁵: anche in questo caso, il parametro di riferimento è esclusivamente il reato, essendo richiamata integralmente –per gli enti aventi nello Stato la propria sede principale– la disciplina codicistica ex art. 7 ss. ²⁶ Non solo: anche per gli enti stranieri la giurisprudenza considera irrilevante che le scelte organizzative siano compiute all'estero: ai fini dell'applicabilità della legge italiana vale in ogni caso il *locus commissi delicti* ²⁷. Poco importa, anche in questo caso, la circostanza che il giudizio sulla colpa di organizzazione (dunque sulla idoneità del *compliance program* dell'ente straniero) possa seguire un percorso in parte diverso, cioè non così strettamente vincolato al rispetto formale della struttura dei modelli organizzativi ex art. 6 e 7: in altre parole, è ininfluenza sulla struttura dell'illecito la circostanza che i parametri normativi di accertamento della colpa organizzativa (cioè per valutare l'idoneità del Modello) possano essere, in concreto, quelli vigenti nel Paese in cui ha sede l'ente straniero ²⁸.

(c) Sul piano dogmatico, infine, la teoria pluralista risulta –ad oggi– del tutto priva di un'impalcatura teorica che attribuisca funzionalità alla inedita e autonoma struttura dell'illecito collettivo. Pur valorizzando decisamente, come appare certamente doveroso, il «fatto di disorganizzazione», quale autentico fondamento della responsabilità metaindividuale, non approfondisce tuttavia gli (innegabili e inevitabili) rapporti strutturali con il «fatto di reato», che infatti nell'elabora-

²⁴ Si veda infatti l'art. 114 c.p., che parimenti attribuisce rilevanza attenuante alle specifiche modalità di condotta dei concorrenti nel reato (l'unico fatto illecito realizzato) materialmente commesso dall'autore principale.

²⁵ Nonché dall'art. 36 del decreto, che definisce la competenza a conoscere degli illeciti amministrativi delle persone giuridiche richiamando quella del «giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono».

²⁶ Cfr. M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, cit., p. 842.

²⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, cit.; specificamente sul nesso tra la struttura dell'illecito e l'efficacia spaziale del d.lgs. n. 231/2001, si rinvia alla nota a tale decisione: M. SCOLETTA, *Enti stranieri e «territorialità universale» della legge penale italiana: vincoli e limiti applicativi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2020, pp. 621 ss.

²⁸ V. ancora M. SCOLETTA, *Enti stranieri e «territorialità universale» della legge penale italiana*, cit., pp. 628 ss.

zione teorica non trova una sistematizzazione dogmatica ben definita²⁹, né –soprattutto– una collocazione coerente con l’impianto normativo descritto dal d.lgs. n. 231/2001, che pone il reato (quantomeno) come «primo» elemento nella struttura sostanziale dell’illecito e come «punto di partenza» nella struttura processuale dell’accertamento.

D’altra parte, anche lo schema alternativo elaborato dalla giurisprudenza, incardinato sul riconoscimento di una «fattispecie complessa», restituisce una figura giuridica marchiata da un indistinto ibridismo, priva di una precisa funzionalità ordinatoria o sistematica. Delle due, l’una: o si aderisce ad un «modello analogico» (di illecito)³⁰, mutuando per quanto possibile l’elaborazione teorica e la disciplina ad esso corrispondente; oppure, qualora si volesse riconoscere un nuovo e autonomo modello di illecito, sarebbe necessario elaborarne e definirne compiutamente i contenuti strutturali, che rappresentino i presupposti in base ai quali risolvere razionalmente i problemi di disciplina che via via si possono presentare. Al contrario, un modello amorfo, in quanto dogmaticamente non strutturato all’interno di uno schema formale definito (o pre-definito), si presta in fin dei conti all’arbitrio applicativo, alla improvvisazione rispetto alle contingenze interpretative e applicative.

E così, spostare il fuoco dell’attenzione sul fatto di disorganizzazione –individuato come autentico (se non esclusivo) nucleo dell’illecito collettivo–, se da una parte costituisce il presupposto teorico per escludere l’applicazione di una serie di istituti che hanno nel «reato» il proprio baricentro (come è il caso della costituzione di parte civile³¹), dall’altra implicherebbe, sul piano logico, un adeguamento anche nell’articolazione dell’accertamento processuale della responsabilità: attribuendo al reato il ruolo sistematico di «evento»³² o di «condizione

²⁹ Sulle perplessità che desta la qualifica del reato come evento o come condizione obiettiva di punibilità, v. *infra* nel presente paragrafo.

³⁰ Sull’opzione di fondo tra «dommatiche metaforiche» e «dommatiche analogiche», cfr. C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., pp. 192 ss. e 210 ss.

³¹ V. infatti Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, cit., che sottolineando l’autonomia dell’illecito addebitato all’ente ha escluso che nel processo instaurato per l’accertamento della responsabilità da reato collettiva sia ammissibile la costituzione della parte civile. Adesivamente, F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell’ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., pp. 436 ss.

³² Sostiene che il fatto di reato individuale rappresenti l’evento costitutivo della fattispecie di illecito dell’ente, ricostruibile come autonomo illecito di agevolazione colposa, M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti*, cit., p. 365, che coglie anche un’affinità strutturale con la responsabilità del direttore della stampa periodica per i reati commessi a mezzo stampa (art. 57 c.p.).

obiettiva di punibilità»³³, l'accertamento dovrebbe infatti muovere dal «fatto» proprio dell'ente, ovvero dal difetto organizzativo che integra la colpa collettiva, per poi accertare la causazione del reato/evento o la integrazione del reato/condizione obiettiva di punibilità.

Qualora si volesse prendere «alla lettera» l'impostazione giurisprudenziale, invece, il reato costituirebbe –nella struttura della «fattispecie complessa»– un «presupposto» della condotta³⁴: in questo modo, tuttavia, verrebbe meno qualsiasi legame oggettivo con la colpa di organizzazione. Al contrario, è pacifico che l'accertamento della responsabilità dell'ente non possa che muovere dalla sussistenza del fatto di reato, per poi verificare il nesso oggettivo (interesse o vantaggio) e, infine, la colpa di organizzazione; altrettanto pacifica è la necessità di un nesso relazionale –quand'anche solo agevolativo e non causale– tra difetto organizzativo e reato, tale per cui il reato non può costituire solo un antecedente temporale (un mero presupposto) rispetto al fatto illecito dell'ente; muovendo dalla struttura normativa, d'altra parte, anche sul piano temporale è la condotta colposa a costituire il logico antecedente del reato.

V. La unicità di illecito e la natura concorsuale del fatto proprio dell'ente

Il paradigma teorico più coerente con la struttura normativa disegnata dal d.lgs. n. 231/2001 appare dunque essere quello monista: siamo di fronte ad un unico fatto illecito, per cui è corretto affermare non solo che la responsabilità dell'ente dipende normativamente «dal reato», ma anche che è «del reato» che l'ente è chiamato strutturalmente a rispondere, è «per il reato» che l'ente viene funzionalmente sanzionato.

L'adesione a tale modello teorico, tuttavia, non implica l'appiattimento sullo schema imputativo della immedesimazione organica o sulla *vicarious liability*, secondo cui il fatto della persona fisica coinciderebbe –per *factio juris*– con quello della persona collettiva (o su di essa

³³ F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente*, cit., p. 442: «Nello scarto tra effettiva organizzazione e conformazione-modello risiede allora il fatto tipico proprio dell'ente, mentre il reato-presupposto finisce con il rivestire il ruolo di condizione obiettiva di punibilità».

³⁴ V. ancora Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, cit., secondo cui l'illecito autonomo dell'ente «non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone» e «lo ricomprende».

«rimbalzerebbe») ³⁵. Né, d'altra parte, la colpa organizzativa sarebbe un «mero» criterio soggettivo di ascrizione della responsabilità del fatto illecito altrui; la colpa organizzativa integra effettivamente l'autentica «condotta» della persona giuridica, il fondamento materiale della responsabilità metaindividuale, autonoma e distinta rispetto a quella della persona fisica (nella misura in cui la responsabilità dell'una potrebbe essere riconosciuta indipendentemente dalla responsabilità dell'altra).

La responsabilità dell'ente presuppone infatti un fatto materiale (distinto dal reato) strutturalmente colposo, che si concretizza nella mancata adozione o nella inefficace attuazione di un Modello organizzativo idoneo a prevenire il reato commesso dalla persona fisica. Ciò non vuol dire, però, che l'ente risponda per il fatto colposo (il *deficit* organizzativo) e non per il reato; coerentemente con la struttura normativa tipizzata dal legislatore, l'ente risponde per il reato materialmente realizzato dalla persona fisica, ma solo in quanto oggettivamente reso possibile, agevolato o non adeguatamente ostacolato ³⁶ dai presidi organizzativi predisposti dalla *societas*.

Il paradigma dogmatico che meglio fotografa tale struttura imputativa è quello della responsabilità concorsuale, già puntualmente individuato dalla dottrina che aveva pionieristicamente inquadrato l'illecito della persona giuridica nello schema della «fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario» ³⁷.

³⁵ Si tratta, com'è noto, dei paradigmi imputativi sviluppatisi dapprima negli ordinamenti anglosassoni, secondo cui, rispettivamente, riguardo ai reati che richiedono un coefficiente psicologico, la condotta e la volontà dell'apicale si identificano con quella dell'ente di appartenenza, fondandone la responsabilità (c.d. *identification doctrine*, v. nella giurisprudenza britannica, *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd.*, in K. B., 1944, 146; *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, in A. C., 1972, 153), mentre con riguardo agli illeciti senza *mens rea* (ad es., le *regulatory offences*), si afferma direttamente la responsabilità della società (*principal*) per i reati compiuti dai dirigenti, dipendenti e collaboratori (*agent*, c.d. *vicarious liability*). Cfr. approfonditamente sul tema A. NIETO MARTIN, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 88 ss.; v. anche C. E. PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, pp. 427 ss.; V. MONGILLO, *Necessità e caso nell'allocazione della responsabilità da reato tra individui ed enti collettivi. Considerazioni alla luce dell'«incontro» tra società ferroviaria e giudice penale nell'Europa del XIX secolo*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 1151 ss., *id.*, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 311 ss.

³⁶ La specifica «consistenza» del nesso relazionale tra colpa organizzativa e reato (ponendosi sostanzialmente l'alternativa tra un nesso di tipo *condizionalistico* ed uno di tipo *agevolativo*) costituisce un profilo indipendente dal problema relativo alla unicità o pluralità di illeciti.

³⁷ C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., pp. 24 ss.; *id.*, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, cit., pp. 1534 ss.; *id.*, *Commento all'art. 7*, in M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, pp. 186 ss.; ancora *Id.*, *La colpa di organizzazione*, cit. p. 196 s.

Anche la Suprema Corte, persino a Sezioni Unite, aveva autorevolmente aderito –prima di convergere sulla teoria pluralista dell'autonomia fattispecie complessa– a tale impostazione dogmatica: «La responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato «a vantaggio» o «nell'interesse» del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, *deve essere considerato «fatto» di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole*, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica *si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale»*³⁸.

La struttura teorica dell'illecito plurisoggettivo concorsuale, d'altra parte, risulta la più coerente sia con l'impianto normativo sostanziale, che –come illustrato– attribuisce assoluta centralità al «reato» come parametro oggettivo rispetto al quale definire la disciplina dell'illecito dell'ente³⁹, sia con la struttura dell'accertamento processuale, dove il fatto di reato costituisce il *prius* logico rispetto al fatto di concorso.

Più in particolare, lo schema di illecito concorsuale che appare più calzante è quello della «accessorietà»⁴⁰, secondo cui la condotta pro-

³⁸ In questi termini (enfasi aggiunta), Cass. pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1755 ss., che aggiungeva: «Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8, d.lgs. 231), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto fisico qualificato»; successivamente nello stesso senso (sempre in relazione al principio solidaristico proprio dello schema concorsuale, in materia di profitto e sequestro), v. anche v. anche Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2009, n. 26611; *id.*, 8 maggio 2009, n. 19764; *id.*, 17 maggio 2013, n. 21222: «deve riconoscersi che il nesso che lega la responsabilità della persona giuridica e quella della persona fisica ha origine nel reato presupposto commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, che deve essere inteso come fatto unico riferibile ad entrambi i soggetti, per cui trova applicazione il principio solidaristico dello schema concorsuale (...) In altri termini, dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto, con la conseguenza che il sequestro preventivo non può mai eccedere l'ammontare complessivo del profitto accertato».

³⁹ E a partire dal reato-presupposto, ad esempio, che viene parametrata la comminatoria edittale delle sanzioni per l'ente, o che viene individuata la giurisdizione del giudice penale italiano sull'illecito da reato commesso da un ente privo di sede principale o secondaria nel territorio dello Stato (cfr. Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, cit.); ancora, la gravità del reato ha un peso essenziale nella commisurazione della sanzione (art. 11 d.lgs. 231/2001).

⁴⁰ C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, cit., p. 1538. Sull'idea dell'accessorietà, per tutti C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 22 ss.; fondamentalmente già prima E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 398, secondo cui sono «accessorie» quelle condotte che «ricevono la loro forza, per la prima volta, dal fatto principale e non sono costruibili senza il riferimento costruttivo a quest'ultimo».

pria del terzo (nel nostro caso, la colpa organizzativa propria della persona giuridica) «accede» al fatto tipico di reato commesso dall'autore principale (nel nostro caso, la persona fisica in posizione apicale o subordinata).

Si tratta di un'accessorietà strutturale («necessaria») nella struttura della responsabilità dell'ente, che tuttavia è segnata da tratti distintivi rispetto a quella propria del concorso di persone fisiche (*ex art. 110 e 113 c.p.*): in primo luogo, non si tratta certamente di un'accessorietà *minima* (non essendo sufficiente il concorso in un fatto tipico della persona fisica)⁴¹, ma neppure propriamente di un'accessorietà *limitata* (in quanto non è neppure sufficiente l'antigiuridicità); eccessivo è invece il modello dell'accessorietà *estrema* (l'ente è infatti responsabile anche quando la persona fisica non è imputabile) e tanto più quello della *iperaccessorietà* (l'ente è comunque responsabile quando il reato non è punibile per via di una causa di estinzione diversa dall'amnistia)⁴². Si può quindi parlare di un modello di accessorietà «quasi estrema» rispetto al reato della persona fisica, trovando tale carattere un limite solo rispetto alle ipotesi tassativamente previste dall'art. 8 d.lgs. n. 231/2001.

D'altra parte, la mera circostanza che il fatto «proprio» della persona giuridica sia strutturalmente e materialmente «distinto» da quello della persona fisica è un dato oggettivo anche nella prospettiva monista della fattispecie concorsuale: il fatto tipico principale è distinto da quello accessorio, ma l'illecito è unico.

VI. Accessorietà della condotta collettiva e mancata identificazione dell'autore del reato

In senso contrario, la disposizione normativa dell'art. 8 –cioè la previsione della «autonomia della responsabilità dell'ente» (rispetto a quella della persona fisica)– può essere valorizzata per sostenere, sul piano sistematico, la tesi pluralista: in particolare, l'alterità dell'illecito collettivo rispetto a quello individuale viene fatta derivare dalla prevista possibilità di riconoscere la responsabilità della persona giuridica

⁴¹ La diversa «graduazione» del concetto di accessorietà risale come noto a M. E. MAYER, *Versuch und Teilnahme*, in P. F. Aschrott, F. Von Liszt, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1910, p. 356 s.

⁴² Sull'ampiezza della nozione di reato-presupposto (o del «fatto di connessione»), quale presupposto della responsabilità dell'ente, e sulle relative conseguenze, cfr. da diverse prospettive G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 353 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., pp. 344 ss.

anche nel caso di «mancata identificazione» dell'autore materiale del fatto di reato. Tale peculiare e autonomo modello ascrittivo sarebbe fondato direttamente sulla colpa organizzativa, configurando addirittura un'ipotesi di responsabilità diretta dell'ente⁴³, che restituirebbe icasticamente l'autonomia logica e strutturale del fatto proprio della persona giuridica (evidentemente, per questo, un *aliud* rispetto al reato).

A ben vedere, tuttavia, anche tale previsione normativa è perfettamente compatibile con il paradigma dell'illecito concorsuale, conformemente al suddetto schema dell'accessorietà «quasi estrema»: anche in questo caso, infatti, la responsabilità dell'ente è subordinata alla sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato, che potranno e dovranno essere processualmente accertati su base induttiva ed indiziaria.

Anche nel diritto penale individuale, d'altra parte, è pienamente ammissibile il concorso di persone nel fatto tipico commesso da un autore principale «ignoto», cioè da un soggetto che risulti personalmente non identificato: gli elementi costitutivi del fatto tipico – compresi quelli soggettivi⁴⁴ – possono comunque essere oggetto di accertamento, ancorché scontando le difficoltà probatorie che possono derivare dalla maggiore o minore complessità strutturale del tipo penale⁴⁵.

In questa prospettiva, non solo è ipotizzabile l'accertamento del fatto di reato colposo (ad esempio in materia di sicurezza sul lavoro)

⁴³ Evoca una forma di responsabilità «diretta», in quanto molto vicina ad un modello di imputazione fondato sulla colpa di organizzazione «pura», C. E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, cit., p. 30; per quanto tali osservazioni siano condivisibili, non impongono certamente, sul piano dogmatico, l'adesione alla teoria pluralista (non si tratta, infatti, di una responsabilità tecnicamente «autonoma», ovvero completamente sganciata dal fatto tipico della persona fisica, ma solo dall'accertamento della sua responsabilità); non a caso, lo stesso Autore patrocinava la tesi monista della «fattispecie plurisoggettiva di parte generale».

⁴⁴ Lo ribadisce la stessa *Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, § 4, secondo cui, in caso di autonomia della responsabilità dell'ente, «ci si trova di fronte ad un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato, sebbene il reo, per l'una o l'altra ragione, non risulti punibile». *Contra*, ad esempio, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 354.

⁴⁵ Una corresponsabilizzazione per il fatto di un autore ignoto è tipica anche dei reati commessi col mezzo della stampa: testualmente lo prevede l'art. 57-bis c.p. («Nel caso di stampa non periodica, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano all'editore, se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile, ovvero allo stampatore, se l'editore non è indicato o non è imputabile»); in giurisprudenza non è infrequente la responsabilità del direttore responsabile del giornale per l'articolo anonimo (emblematicamente, cfr. il caso *Sallusti*, Cass. pen. 26 giugno 2012, n. 41249, in *DeJure*, in cui addirittura si è attribuita una responsabilità al direttore del giornale a titolo di concorso anziché ex art. 57 c.p.). Un altro caso che si incontra frequentemente nella prassi è quello della condanna del rapinatore che collabora con un complice ignoto (da ultimo, Cass. pen., 4 febbraio 2021, n. 4455; Cass. pen. 31 dicembre 2020, n. 37929, in *DeJure*).

quando l'autore materiale non sia identificato, ma anche di quello doloso, soprattutto in relazione a fattispecie criminose a disvalore di condotta pregnante (come nel caso dei fatti corruttivi), rispetto alle quali la prova del dolo in capo al soggetto ignoto è senz'altro raggiungibile⁴⁶.

Quanto alla definizione della posizione (apicale o subordinata) all'interno della struttura societaria – profilo da cui dipende l'applicazione del modello imputativo specifico (art. 6 vs. art. 7) – distinzione che peraltro sarebbe superata qualora effettivamente si aderisse all'esegesi ortopedica suggerita dalle Sezioni Unite in ordine all'onere probatorio –, un'interpretazione orientata dal canone ermeneutico del favor rei suggerisce di recepire, in quanto più garantistico, il paradigma dell'art. 7, che impone all'accusa di provare la inadeguatezza del modello organizzativo, ovvero la colpa dell'ente⁴⁷.

VII. L'autonomia della struttura concorsuale dell'illecito rispetto ai modelli codicistici

Il fatto accessorio dell'ente –derivando dalla violazione di regole strumentali alla prevenzione di reati⁴⁸– è strutturalmente «colposo», quindi lo specifico paradigma concorsuale utilizzabile –ragionando in termini analogici rispetto agli istituti e alla dogmatica del diritto penale individuale– sarebbe quello della cooperazione colposa ex art. 113 c.p.

⁴⁶ Rispetto all'illecito doloso, cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 223; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 357 ss., che ritiene accertabile il dolo –in caso di autore non identificato– limitatamente alle fattispecie soggettivamente pregnanti, «dove la condotta tipica reca i segni tangibili della *voluntas* che la sorregge».

⁴⁷ Cfr. M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, cit., p. 871; anche G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 348.

⁴⁸ Ai fini del riconoscimento della struttura «concorsuale» dell'illecito è irrilevante –come già detto (retro nt. 32)– la natura strettamente cautelare o solo cautelativa attribuibile alle norme a carattere preventivo la cui violazione può assumere rilevanza per integrare la colpa organizzativa ai sensi degli art. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001; in altre parole, il paradigma concorsuale è compatibile sia con regole cautelari –e con un nesso causale tra colpa ed evento–, sia con regole cautelative –e con un nesso agevolativo tra colpa ed evento–, come implicitamente riconosce lo stesso C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, cit., pp. 1534 ss., 1545, ponendo i due problemi su piani distinti e non strettamente interrelati; sulla diversa e composita natura delle norme che definiscono la colpa di organizzazione, cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo»* ex d.lgs. 231/2001, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2082 ss., 2098 ss.; per un'ampia tematizzazione in merito al carattere cautelare o cautelativo delle violazioni rilevanti ai fini del giudizio di responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, cfr. E. VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016, pp. 236 ss.

La circostanza che la «condotta collettiva» possa accedere (come anzi comunemente accade) a fatti tipici dolosi –integrando così un modello di responsabilità «per lo stesso fatto» ma «a titoli diversi» (dolo per la persona fisica, colpa per quella giuridica)– non incontra alcuno sbarramento nel dogma dalla «unicità del titolo di reato»⁴⁹: non solo perché si tratta di un vincolo dogmatico superabile (e in alcuni casi già superato) già in relazione al diritto penale individuale/codicistico, rispetto al quale è stato specificamente elaborato e limitatamente al quale potrebbe essere sistematicamente sostenuto⁵⁰; ma anche e soprattutto perché, sul piano logico-strutturale, il concorso a titoli diversi è una costruzione giuridica certamente concepibile in astratto e tale paradigma appare essere quello «in concreto» disegnato dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, già *ab origine* concepiti per tipizzare questo modello di responsabilità, ovvero una responsabilità strutturalmente colposa (dell'ente) per fatti dolosi (delle persone fisiche).

D'altra parte, l'inquadramento dogmatico dell'illecito collettivo ex d.lgs. n. 231/2001 nello schema della fattispecie concorsuale, secondo le cadenze sopra illustrate, non significa completa sovrapposizione con quelli di matrice codicistica e non implica un recepimento sistematico della normativa che disciplina il concorso di persone fisiche nel reato (art. 110 c.p. ss.) e che costituisce solo una specifica forma di attuazione giuridica del modello concorsuale plurisoggettivo. La riconducibilità della responsabilità degli enti a quella stessa matrice dogmatica illumina sulla struttura formale dell'illecito (e come tale può costituire un importante ausilio per risolvere problemi esegetici ed applicativi), ma non impone un'automatica estensione applicativa della disciplina legislativa penalistica, né una qualifica in termini formalmente «penali» della natura giuridica della responsabilità metaindividuale.

⁴⁹ Il dogma dell'unicità dei titoli di responsabilità per tutti i compartecipi è affermato soprattutto nella dottrina tradizionale: cfr. S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, pp. 124 ss.; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, pp. 669 ss., 674; sulle ragioni a sostegno del «dogma» e su quelle che ostano all'accoglimento, cfr. la puntuale ricostruzione del dibattito offerta da M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, pp. 24 ss.

⁵⁰ Il vincolo dogmatico è ancora sostenuta in una parte della manualistica (ad es. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 535), e nella recente dottrina F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Napoli, 2012, pp. 295 ss. La tesi sembra tuttavia in via di superamento sul piano giurisprudenziale, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 7032, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 949 ss., con nota di G. P. DEMURO, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, (ove più ampi riferimenti bibliografici alle tesi contrarie all'unicità del titolo di responsabilità): la Cassazione ritiene che «il principio di unitarietà della responsabilità penale dei concorrenti è limitato all'esigenza che i partecipi contribuiscano alla stessa offesa tipica sotto un profilo essenzialmente causale», ammettendo dunque la punibilità del c.d. concorso colposo nel delitto doloso.

Dal primo punto di vista, abbiamo già visto –ad esempio– che il tipo di «accessorietà» descritto dal d.lgs. n. 231/2001 nel tipizzare l'illecito concorsuale dell'ente è diverso da quello codicistico; ed infatti, ferma restando l'ossatura concettuale –ovvero l'articolazione formale del tipo di illecito desumibile dalla struttura imputativa della responsabilità definita *ex lege*–, è comunque dalla trama letterale e sistematica del d.lgs. n. 231/2001 che si può e si deve ricavare la disciplina normativa dell'illecito concorsuale, nonché i limiti della eventuale applicazione analogica di quella codicistica⁵¹.

Dal secondo punto di vista, la fattispecie concorsuale risulta certamente coerente anche con la teoria del *tertium genus*, che –come illustrato *supra* (§1)– appare essere stata saldamente recepita in seno alla nostra giurisprudenza: il fatto di individuare proprio nel «reato» l'illecito ascrivibile (anche) all'ente non fa venir meno il rilievo secondo cui la disciplina dell'illecito concorsuale dell'ente dettata dal d.lgs. n. 231/2001 non sia esattamente quella penalistica, ma condivide numerosi aspetti di quella amministrativistica (ex d.lgs. n. 689 del 1981), oltre a profili di autonomia: se questo vale a negare la natura penale della responsabilità, l'etichetta ibrida di *tertium genus* o di responsabilità «para-penale» può senz'altro essere mantenuta.

⁵¹ Ad esempio, per quanto riguarda il problema della costituzione di parte civile, la già richiamata sentenza *Fenu* (Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251) poneva sul tappeto una serie di indici sistematici che escluderebbero tale possibilità, aggiungendo altresì il rilievo fondato sulla struttura autonoma dell'illecito collettivo; optando viceversa per la struttura unitaria, il problema non sarebbe automaticamente e immediatamente risolto in senso contrario –ovvero a favore della costituzione di parte civile–, dovendosi valutare le ragioni sistematiche che comunque depongono a favore di una soluzione piuttosto che per l'altra; d'altra parte, anche ammettendosi la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, si porrebbe poi il problema relativo alla determinazione del danno «da illecito amministrativo»: se cioè coincidente con quello «da reato» o comprensivo anche del danno «da disorganizzazione».

THE CHANGING FACE OF CRIME AND CRIME CONTROL

Research with Luis Arroyo Zapatero at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg

PROF. DR. ULRICH SIEBER

My strong connection with *Luis Arroyo Zapatero* goes back to my time as an assistant to our mutual academic mentor Prof. Dr. *Klaus Tiedemann*, whom the jubilarian visited regularly in Freiburg since 1982 and to whom he remained faithfully connected –most recently with the dedication of his collected works¹– even beyond our mentor’s death. I made the acquaintance of *Luis Arroyo* during these first visits to Prof. Tiedemann’s Institute of Criminology and Economic Criminal Law and had the privilege of getting to know him better. He is one of the most striking criminal law professors I have encountered in my academic career, a European from the outset and a cosmopolitan. He impresses with independence, critical spirit, ability to link scientists internationally, willingness to help, hospitality, friendliness and charisma, i.e. –as he himself called it with others as a sign of highest recognition– character. What convinced me and won me and many other people over, however, was especially his humanity as well as the legal, historical, literary and cultural education of the staunch democrat who courageously defended liberal values already *before* the restoration of Spanish democracy. To this must be added his service to the community as founding dean of the Faculty of Law and, from 1988 to 2003, as longtime rector of the University of Castillo-La Mancha, which he brought to great fruition. Alongside all this stand the innovative and

¹ ARROYO ZAPATERO, L., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ed. UCLM, 2021.

often visionary scientific achievements of his distinguished scientific publications, which originate from his commitment to human rights and constitutional law – early on in the work on occupational safety and later especially in the global fight against the death penalty². The title of his collected works published in 2021 concisely sums up the central jurisprudential and legal-political credo of his life: The fight –also as president of the *Société Internationale de Défense Sociale*– for a «Política criminal *humanista* para la sociedad contemporánea».

During my directorship at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg, *Luis Arroyo* was a member of the Institute's Scientific Advisory Board from 2006 to 2018. Every two years, the Board met for several days at the Institute, received comprehensive reports on past and planned research, made critical suggestions and reported to the President of the Max Planck Society. During this long time period, *Luis Arroyo* provided expert, critical and stimulating support for the Institute's research in criminal law and criminology; in 2009, he was elected vice-chairman by his fellow members of the Scientific Advisory Board. The present contribution to his jubilee publication is therefore intended to provide an overview of some of the central results of the institute's research program in criminal law, in order to present him with a short summary of the research and to pay tribute not only to his published scientific achievements, but also to the results he facilitated through his advisory function.

The criminal law research approach of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg coincided with *Luis Arroyo's* scientific approach from the start: The purpose of law and legal research must be directed toward the good of human beings; empirical research, legal doctrine, comparative law and other research approaches are important tools for this purpose, but not ends in themselves. As can be seen by the orientation of his above-mentioned works to the «sociedad *contemporánea*,» our legal systems, which are rich in tradition but in part no longer up to date, must take greater account of the current fundamental changes in society. Supported by the jubila-

² ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981; Arroyo Zapatero, L./Biglino, P./Schabas, W. (eds.), *Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010; ARROYO ZAPATERO, L., et al., «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», in *Un Derecho pena comprometido. Libro homenaje a Gerardo Landrove*, Ed Tirant lo Blanch, 2011.

rian, the criminal law research program at the Institute³ therefore aimed at analyzing and dealing with the fundamental changes that have posed a challenge to social control and especially criminal law since the turn of the millennium, but which are often not recognized as such in the day-to-day business of legal policy and therefore often not treated commensurately with regard to law.

The research premise of the work, which *Luis Arroyo* accompanied at the Max Planck Institute in Freiburg, was that the new challenges result primarily from globalization, digitalization and –also as a result of these two developments– altered risks and the ensuing prevention needs of society. Each of these three –closely related– factors has fundamental societal causes in the emerging global, information and risk society, leads to changed forms of crime and requires new approaches to social control, some of which result in paradigm shifts in criminal law and crime control. An overarching analysis of these changes using basic research can therefore lead to much more advanced reform concepts than the isolated solutions to individual issues pursued to date. *Max Planck* expressed this sentiment by saying: «Knowledge must precede application»⁴; the psychologist *Kurt Lewin* and others formulated this appreciation of theory-led and basic research with the words: «Nothing is as practical as a good theory»⁵.

The changes in criminal law caused by globalization, digitalization and changing risks will therefore be presented in the following, including work by the jubilarian and the Freiburg Max Planck Institute. For reasons of space, this article can only deal with the key issues and not with the numerous consequences and details. After analyzing the consequences of globalization (I) and digitalization (II), the focus will be on the current problems of changing risks and risk prevention (III), which may be of particular interest to *Luis Arroyo* due to his many years of work as President of the *Société Internationale de Défense Sociale*.

³ SIEBER, U., «Grenzen des Strafrechts-Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 119 (2007), pp. 1-68.

⁴ PLANCK, M., *A Survey of Physical Theory* (Formerly titles: *A Survey of Physics*), Dover Publications, 1960, p. 89.

⁵ LEWIN, K., *The Research Center for Group Dynamics at the Massachusetts Institute of Technology, Sociometry*, May 1945, No. 2 (May 1945), pp. 126-136 (129).

I. Globalization, Transnational Crime and the Need for a Transnationally Effective Criminal Law and Legal Harmonisation

1) Globalization entails not only increased interaction with foreign persons and the cross-border exchange of goods, services and data. Globalization also enhances transnational crime. This can be seen, for example, in complex forms of international economic crime, with perpetrators and multinational companies acting in multiple countries. It becomes even more obvious in flourishing global crime markets, especially those dealing internationally in drugs, weapons, humans or human organs. Since the 1990s, the internet has further increased the transnational commission of crimes, both quantitatively and qualitatively, because it can transmit data worldwide in fractions of a second – encrypted, anonymously and often without the possibility of controlling or tracing them.

2) The investigation of these transnational crimes often requires simultaneous efforts by different national authorities in a multitude of states as well as mechanisms for collecting evidence and catching perpetrators abroad. However, this creates fundamental problems for traditional criminal law systems: They are *national* systems and their decisions are only valid on the territory of their own countries. A foreign search or arrest warrant, for example, generally cannot be executed on the sovereign territory of another state without a process of recognition in that state. This leads to a gross imbalance between perpetrators and investigative bodies: While perpetrators and their data can move freely around the world, judicial decisions cannot cross national borders without formal and bureaucratic recognition procedures defined in special national cooperation laws.

In the traditional cooperation model of mutual legal assistance, these recognition procedures take on different forms, but the underlying basic problem they face is essentially the same: Since the various national criminal laws differ from state to state, the recognition procedures have to safeguard the integrity of the national legal orders mainly against their use for infringing human rights: Especially democracies based on the rule of law must avoid violating their human rights standards by supporting foreign procedures and decisions contradicting these standards. This may involve – to use an obvious example from

Luis Arroyo's field of research⁶– extradition in a procedure and to a country with the death penalty. A more difficult issue to solve, however, may be whether a country can transfer the data from a telecommunications surveillance to another country that does not have the same standards of protection for the surveillance of clergy or journalists and would therefore utilize the records of a surveillance of these persons⁷.

In these recognition procedures, the state from which legal assistance is requested does not demand identical regulations or the same human rights protection standards as in its own state in order to preserve its legal principles. Rather, in the interest of viable and functioning international criminal justice cooperation, only the lower human rights standard of so-called «ordre public» is required to prevent the requested state from participating in human rights violations committed by the requesting state⁸. This compromise between the protection of human rights and effective international law enforcement facilitates international cooperation, but does not change the need for a recognition process that requires time and resources, and in which additional questions arise when determining the limits of «ordre public».

The –partial or complete– waiver of a recognition procedure in mutual legal assistance is possible, however, if the cooperating states possess similar human rights protection standards and if there exists mutual trust and a corresponding national cooperation law for the direct or automatic recognition of decisions. Based on this idea, the European Union enables smoother cooperation in criminal matters by a «direct recognition» of foreign decisions without a full review. The so-called «European Arrest Warrant» is an impressive example of this principle of «direct recognition,» as it has shortened delays in investigating and prosecuting transnational crime considerably⁹. This illustrates that an effective transnational criminal law by way of the classical mutual legal assistance procedure between different states requires at least a certain harmonization of national criminal laws, especially

⁶ See above note 2.

⁷ SIEBER, U., «Die Auslandsübermittlung von Daten aus der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung», in Haferkamp, R./Kilchling, M./Kinzig, J. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Hans-Jörg Albrecht*, Duncker & Humblot 2021, pp. 53-69.

⁸ GLESS, S./WAHL, T./ZIMMERMANN, F., Kommentar, in SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Beck Verlag, § 73 IRG, No. 54-179.

⁹ VON HEINTSCHEL-HEINEGG, B., «Europäischer Haftbefehl», in Sieber, U./Satzger, H./Von Heintschel-Heinegg, B. (eds.), *Europäisches Strafrecht*, 2nd. 2014; pp.661-676; Wahl, T.: «Annex to the Country Report Germany-Statistics», in ALBERS, P. et al., *Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of judicial cooperation in criminal matters*, Dutch Ministry of Justice The Hague 2013, pp. 269 et seq.

with respect to the scope of criminalization and the guarantees of criminal law.

In a second possible model for creating transnationally effective criminal law, the supranational model,¹⁰ legal harmonization must go much further than in the classic national cooperation model: In the supranational model, a uniform legal system produces transnationally effective judicial decisions for an extended territorial area from the outset, as is the case, for example, in the supranational sanctions law of the EU or the sanctions law of the United Nations. This supranational model of a uniform criminal law being applicable in a larger territory can create a much more effective transnational criminal law than the classical cooperation model of mutual legal assistance, not only for ensuring security, but also for consistently safeguarding human rights¹¹. However, this supranational model still requires much more extensive legal harmonization in the creation of a single overarching law than the national cooperation model does.

The necessary harmonization of laws for an effective transnational criminal law based on the rule of law cannot be avoided even by hybrid forms between the cooperation model and the supranational model¹². The same applies to the additional model of privatizing sanctions law or criminal investigations, as it is used, in particular, to prevent illegal content on the internet¹³ and has recently been used to investigate international crimes in crisis areas by private organizations¹⁴. Here, too, the various legal systems must be coordinated and harmonized. An extensive use of the territorial sovereignty principle (as is often practiced in the context of cyberspace) also cannot solve the problem¹⁵.

¹⁰ For these different models of creating transnationally effective criminal law see SIEBER, U., «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 121 (2009), pp. 1-67 (16-49).

¹¹ As European law before the Treaty of Lisbon showed, and as the sanctions law created by the UN Security Council still shows today, this supranational criminal law, however, is often characterized by legitimacy problems of its «legislator,» who lacks democratic authorization. See SIEBER, U.: «Legal Order in a Global World», in: Von Bogdandy, A./Wolfrum, R (eds.): *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers 2010, S. 1-50.

¹² See note 10.

¹³ SIEBER, U., «Legal Regulation, Law Enforcement and Self-regulation», in Waltermann, J./Machill, W. (eds.): *Protecting Our Children on the Internet*, Bertelsmann Foundation Publishers 2000, pp. 319-399.

¹⁴ See, for example the work of the *Commission for International Justice and Accountability (CIJA)*, a non-profit, non-governmental organization, which is collecting evidence for future criminal proceedings in international crimes, e.g. in Syria. For details: «<https://cijaonline.org/model-of-work>».

¹⁵ SIEBER, U., «Internationales Strafrecht im Internet», in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1999, S. 2065-2073; Sieber, U./Neubert, C.-W.: «Transnational Criminal Investigations

3) The conclusions of this analysis –only abbreviated here– are thus simple and clear: To cope successfully with increasing globalization and to create a transnationally effective criminal law requires more comparative legal research, more international harmonization of criminal law, regional model penal codes (such as those in the USA and South America)¹⁶, improved procedures for international cooperation and, in some areas, even supranational criminal law.

These requirements are leading to a fundamental change in criminal law: Criminal law, which has been a national domain for a long time, is becoming more and more international and must incorporate a multitude of other jurisdictions in our increasingly interconnected world. The necessary comparative criminal law is therefore no longer limited to thematically narrow comparisons between a few individual legal systems. To solve the aforementioned problems, instead, a large-scale comparative criminal law analysis encompassing numerous legal systems is required, as is methodically used in international criminal law and in European law for the development of general legal principles and as was implemented in the Freiburg Max Planck Information System for Comparative Criminal Law. The latter is a large-scale project on the entire general part of the criminal law of many legal systems, involving an (open source) internet-based expert system¹⁷.

Luis Arroyo recognized the resulting need «of the profession of our time» for comparative criminal law and legal harmonization early on and put it into practice. As a member of the Scientific Advisory Board, he not only actively supported the Freiburg Max Planck Information System for Comparative Criminal Law. He was also crucially involved in relevant European and international research projects on comparative criminal law and legal harmonization. This concerned, in particular, the project «Les chemins de l'harmonisation pénal,» which was jointly developed by Mireille Delmas-Marty, Marc Pieth, Luis Arroyo and Ulrich Sieber in Paris, Basel, Toledo and Freiburg and focused on the

in Cyberspace-Challenges to National Sovereignty», in Lachenmann, F./Röder, T./Wolfrum, R. (eds.): *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 20 (2016), Koninklijke Brill 2017, pp. 241-321.

¹⁶ SIEBER, U., «Memorandum on a European Model Penal Code», *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, 1998/99, pp. 445-471.

¹⁷ See <http://infocrim.org>. For more details see SIEBER, U., «Das neue Projekt eines „Max-Planck-Informationssystems für Strafrechtsvergleichung-Grundlagen für eine Theorie der Strafrechtsvergleichung und eine universale Strafrechtswissenschaft», in Albrecht, H. J./Sieber, U. (eds.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker & Humblot 2006, pp. 131-151.

process of legal harmonization¹⁸. Outside of this project, he also worked intensively on legal harmonization, especially in South America¹⁹ and one of his main research areas was European criminal law, a field in which he cooperated closely with Klaus Tiedemann and worked in many different areas of interest²⁰.

II. Information Society, Digital Crime and the Need for a New Information Law

1) The above-mentioned problems of crime control caused by globalization are aggravated and altered by the aforementioned second fundamental change: the emergence of the information society with its dominant roles of information and digitalisation, the internet and –in the future– artificial intelligence and «big data». As the potential of digital innovation is much greater than that of the preceding industrial revolution, this change also leads to significant new risks and new opportunities for committing crimes, for which the following specific causes are primarily responsible.

First, the internet allows perpetrators to access millions of inadequately protected computer systems around the globe and to manipulate high –value targets on other continents within milliseconds– all from the safety of the perpetrator’s homes. Perpetrators can even hide their location by using anonymity networks (like TOR), virtual private networks, darknet services, anonymous payment systems (like bitcoin) and encryption, so the police will not even know where to investigate in the global cyberspace and in which country to ask for legal assistance. Such attacks on computer systems can be used not only to inflict

¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «De la lutte contre l’esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic êtres humains», in DELMAS-MARTY, M./PIETH, M./SIEBER, U., *Les chemins de l’harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Legislation Comparée, 2008, p. 105-126.

¹⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Entre el Estado y la Federación el Derecho penal en la España de la Unión Europea», in *Hacia la unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, pp. 279-294; ARROYO ZAPATERO, L.: «La armonización internacional del Derecho penal», in Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Muñoz De Morales, M./Bailone, M. (eds.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*, Ed. UCLM, 2010.

²⁰ Tiedemann, K./Arroyo Zapatero, L. (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. UCLM, 1994; ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTIN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo*. Ed. UCLM, 2006; ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTIN, A., *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. UCLM, 2007; ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTIN, A., *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Ed. UCLM, 2007; MORENO CATENA, V./ARROYO ZAPATERO, L., *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, 2007.

targeted damage to individual victims, but also to inflict damage on a widespread basis through mass distribution of viruses, other malware or by botnets.

Second, the new risks caused by these technical *modi operandi* and options are especially serious due the *dependency of today's information society* on the security of IT systems. Today, we entrust our *most important assets and processes* to computer systems: For example, money transfer systems, credit card transactions, business secrets, air traffic control, hospital computers and military defence systems – they are all administered by computers and accessible via –often insecure– data lines. These systems are especially vulnerable because they often cannot guarantee absolute security due to the complexity of their software. The attacks thus possible on these elementary infrastructures can therefore have disastrous consequences – as is illustrated by criminals trying to hack a nuclear power station. In the financial sector, cyberattacks allow large-scale asset manipulation and displacement. Mass use of fraudulent emails and mass extortion of ransom money following the encryption of other people's data or the compromising of victims can also lead to significant damage to victims and profits for the perpetrators²¹.

A third additional reason for the increasing risks in the information society is the *power which information can give* its «holder.» This can be seen not only in the event of attacks on the infrastructures mentioned above. Of great interest is also the «soft» power gained from the collection and analysis of mass personal data, which enables its holder to predict and influence the behaviour of people. The resulting potential of such «microtargeting» for financial gain with the help of mass data analysis in the private sector can be seen daily in the form of targeted online business promotion based on a person's previously accessed websites. This power based on personal data is even more dangerous, however, in the public sector when mass personal data are used to influence political elections, which are at the heart of our democratic systems; such issues could be witnessed with regard to Cambridge Analytica in the aftermath of Trump's election in the USA. Indeed, elections can be influenced in more ways than just by mailing political advertisements to carefully selected voters. Knowing, for example, that a certain voter is critical of immigration, one can flood him with an abundance of –even true– news about criminal migrants. In the end, he

²¹ For references see below note 28.

will be convinced of the serious risks posed by immigration and cast his vote accordingly²².

In the future, these problems of privacy protection will increase considerably with the advance of artificial intelligence and «big data». Already today, the pool of personal data available for analysis –with or without artificial intelligence– is enormous. Sources include telephone data, mail-content analysis, banking and credit card data, records of travel through public video surveillance, to name just a few. Many people are not fully aware of this recording of their data: E.g. if they use the voice assistant of their iPhone, all conversations near the phone are recorded and analysed, possibly also for advertising purposes or for the next elections. Particularly in totalitarian states, the resulting soft power through the control of personal data can lead to the reinforcement and consolidation of dictatorial systems, especially if the existing personal data are combined with IT-based surveillance systems and artificial intelligence. Thus, the risk potential of IT in the political sphere goes far beyond the realm of classic crime and can –with the manipulation of elections and the monitoring and suppression of political opposition– strike at the core of our liberal democracies.

2) This overview of the new risks of the information society and digitalization shows that we are not talking about *one* central new challenge here, but instead about a complex and multifaceted picture with numerous individual problems and facets. In the area of crime, this picture becomes even more complex when one considers the different types of offenses that are newly possible or have been altered by information technology developments: Computer fraud and computer-based white-collar crime, data manipulation, intellectual property violations, illegal content, cybergrooming, privacy and data protection violations, violations of territorial integrity on the internet, and many others pose highly diverse problems that cannot be solved in general terms but only through specific empirical, information technology and legal analyses, which cannot be discussed in detail here²³.

3) All legal solutions, however, must take into account a central change in the information society compared to classic industrial society, a change from which an important solution principle for all new legal issues derives: For all legal rules, one must take into account that, in the area of legal objects, the information society is heading toward a

²² See ARBIA, G., *Statistics, New Empiricism and Society in the Era of Big Data*, Springer 2021; MÜLLER, G.: *Protection 4.0: Das Digitalisierungsdilemma*, 2020.

²³ For references see *infra* note 28.

fundamental change from physical or tangible legal objects in the form of corporeal things to intangible and incorporeal legal objects in the form of data and information. *Norbert Wiener*, the founder of modern cybernetics stated about information: «Information is information, not matter or energy. No materialism which does not admit this can survive at the present day»²⁴. The founder of modern cybernetics thus places information on the same level as the basic elements of modern scientific understanding –matter and energy.

From this realization, it follows for law that the norms developed for physical objects cannot automatically be transferred to immaterial goods and especially to information²⁵. Unlike a thing, information is easily copied, is easily transferred (in data and radio networks) and is thus ubiquitous. For this reason, physical property is usually assigned exclusively to individual persons by law, whereas information is much more like a public good to which exclusive rights exist only in exceptional cases. Hence, there the «theft» of information fails to exist in many legal systems due to the fact that the perpetrator can unlawfully appropriate information, but in doing so –in contrast to the theft of physical goods– the information also remains with the person entitled to dispose of it, so that there is no expropriation in the sense of theft as a regulated offense. For these reasons, it was a conceptually unsound approach when the German legislator created a criminal offense of «handling stolen data» (*Datenhehlerei*) in § 202d of the German Criminal Code²⁶.

Instead, the adaptation of law to the information society often requires new and independent approaches that take into account the peculiarities of information –as demonstrated by intellectual property law as a functional equivalent to the offense of theft²⁷. In addition to the «public nature» and ubiquity of information, this need for a special legal regime for information also includes *freedom of information* (which plays an important role in the control and general «overblocking» of illegal content on the internet) as well as the protection-worthy perso-

²⁴ WIENER, N., *Cybernetics*, 2nd edition, M. I. T. Press 1961, p. 132.

²⁵ SIEBER, U., «Informationsrecht und Recht der Informationstechnik-Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1989, pp. 2569-2580.

²⁶ GOLLA, S./VON ZUR MÜHLEN, N., «Der Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der Datenhehlerei», in *Juristenzeitung (JZ)* 2014, pp. 668-674.

²⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «Protección Penal de la Propiedad Intelectual», in RODRÍGUEZ-CANO, B., *Comentarios a la Propiedad Intelectual*, 1989, pp.1985-2005; SIEBER, U., «Urheberstrafrecht», in Sieber, U./Satzger, H./Von Heintschel-Heinegg, B. (eds.), *Europäisches Strafrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2nd ed. 2014, pp. 486-509.

nal link to *personal data* –which does also not exist in the same way for physical objects. The Max Planck Institute has developed and verified the application of these principles in many different areas²⁸.

To the extent that digitalization leads to the above-mentioned new and specific risks, the corresponding adaptation of criminal law and other relevant legal regimes must also take into account the principles that apply to hazard and risk prevention in the modern risk society. These will be discussed in the following in the respective broader context.

III. Risk Society, Emerging Threats and the Need for Risk Prevention in a New Architecture of Security Law

1) The development of the modern risk society is the third social change that is currently leading to fundamental shifts in criminal law and criminal policy. The risks of globalization and digitalization discussed above are essential causes of the associated risk changes. However, they go far beyond these two areas: With regard to crime, relevant risks are discussed today in the media, in political debates and in legal discourses, especially in the areas of international terrorism, organized crime, political corruption and economic crime, which pose a considerable threat to the security of citizens and states²⁹.

Just as crucial as the objective changes of risks and dangers for today's risk society, however, is the general public's increasing fear of crime on a *subjective* level. Although the public's feelings of insecurity are often not borne out by objective changes in fact, they frequently end up having a greater influence on criminal policy than any actually existing risks³⁰. In many countries, the emerging sense of insecurity

²⁸ See the variety of different topics e.g. in ALBRECHT, M., *Die Kriminalisierung von Dual-Use-Software*, Duncker & Humblot, 2014; VON ZUR MÜHLEN, N., *Zugriffe auf elektronische Kommunikation*, Duncker & Humblot 2019; SIEBER, U., *Straftaten und Strafverfolgung im Internet-Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, Editor C. H. Beck, 2012; SIEBER, U./NOLDE, M., *Sperrverfügungen im Internet-Nationale Rechtsdurchsetzung im globalen Cyberspace?*, Duncker & Humblot, 2008; SIEBER, U./BRUNST, P., «Cyberterrorism and Other Use of the Internet for Terrorist Purposes», in Council of Europe (eds.), *Cyberterrorism-the use of the Internet for terrorist purposes*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007, pp. 9-105.

²⁹ See ARROYO ZAPATERO, L., «*Terrorismo y sistema penal. Reforma política y Derecho*», Ed. De Clemente Auger, 1985; ROMERO SÁNCHEZ, A., *Ermittlungen gegen Organisierte Kriminalität Rechts*, Duncker & Humblot, 2021; SIEBER, U., «Grenzen des Strafrechts», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 119, 2007, 1-68 (3-7, 16-26).

³⁰ GUSY, C., »Sicherheitskultur –Sicherheitspolitik– Sicherheitsrecht«, in *Der Kriminalist*, 5, 2011 issue 5, pp. 16-21.

and the corresponding calls for «tougher» laws are taken up by populist politicians seeking (re)election by focusing on *political* concepts of «law and order.»

2) The combination of these objective, subjective and political factors has greatly influenced criminal law and legal policy in recent years: in many areas, public criminal policy is today no longer dominated by traditional questions of culpability and punishment. They have instead given way to notions of *risk* and *danger*, and to the concepts of *prevention* and *security*. This «security dogma» has fundamentally altered the existing approaches of social control by means of *criminal* law and has led to a new objective of legal policy: guaranteeing security through early intervention, prevention and pre-emption³¹.

a) In *substantive criminal law*, especially in the fields of economic criminal law³² and anti-terrorism law³³, this development into a preventive law manifests itself in the increasing protection of common goods and social institutions (such as the financial markets) as well as in the criminalization of various types of hazardous activity. The latter may include, for example, endangerment by creating uncontrolled, objectively dangerous situations, endangerment by subjectively planning to commit an offense (in particular concerning inchoate and preparatory offenses) and endangerment by criminal cooperation or conspiracy.³⁴ Through such protective legal mechanisms, the «offenses of endangerment» shift the criminally reproachable wrong from the unlawfulness of the outcome (so-called *Erfolgsunrecht*) to the unlawfulness of the act itself (so-called *Handlungsunrecht*). The special category of «preparatory offenses,» which is currently expanding in the field of terrorist offenses, entails a forward placement of criminal responsibility into the preparatory stage of planning an offense. Thus, objective elements of the offense are replaced with subjective elements. In current terrorism criminal

³¹ The following analysis is based on the more detailed article by SIEBER, U., «The New Architecture of Security Law-Crime Control in the Global Risk Society», in Sieber, U./Mitsilegas, V./Mylonopoulos, C./Billis, E./Knust, N. (eds.), *Alternative Systems of Crime Control*, Duncker & Humblot, 2018, pp. 3-34.

³² See, for example, ARROYO ZAPATERO, L., «El Abuso de información privilegiada en el derecho español vigente y el proyecto del Código Penal», in *Boletín Oficial del Estado* 1, 1995, pp. 45-62. For further references see above note 20.

³³ ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal. Reforma política y Derecho», Ed. De Clemente Auger, 1985.

³⁴ Regarding the systematization and legitimation of these categories of offenses, especially concerning aspects of legitimacy and legal policy, see SIEBER, U., «Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt», in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)* 2009, pp. 353-364 (357-361).

law, this development is particularly apparent when looking at the criminalization of temporally early (often everyday) preparatory activities that are performed with ultimately criminal intentions³⁵.

b) Simultaneously with these changes within criminal law, but *outside of criminal law*, the expansion of preventive crime control and a shift from criminal law to other (non criminal) measures of security law appear in a multitude of alternative, non-criminal legal regimes. These include preventive measures of incapacitation justified not by crimes but by the dangerousness of a person; administrative sanctions on the borderline between repression and prevention; confiscation proceedings based on risk prevention or concepts of unjust enrichment or unexplained wealth; laws on the averting of danger, especially general police law and specific laws on foreigners; special regimes for the covert procurement of information, such as intelligence law, laws on the investigation of money laundering and other special data collections; special regimes for exceptional situations, such as emergency laws, targeted sanctions, laws of armed conflict and regulations on transitional justice; as well as private norm systems using compliance regimes and public-private partnerships.

c) The evaluation of «early-stage» preventive criminal law, of these alternative preventive measures and of the resulting new architecture of a «security law» (of which criminal law becomes a part) are ambivalent: On the one hand, the new interdisciplinary security law has new tools for crime control that criminal law alone lacks, tools which can be used to effectively deal with the new challenges in global risk society, and which significantly expand the state's abilities to control and keep crime at bay. Major examples are:

– *Preventive criminal law* with its preliminary stage offenses provides a legally certain basis for early investigation measures and especially in the field of terrorism for a deprivation of liberty in the stages before harm occurs³⁶.

³⁵ Illustrative examples of this tendency include the criminalizations of attempted «departure from the country» for the purpose of training for terrorism as well as the purpose of «gathering assets» in order to support the commission of terrorist offenses (§ 89a and § 89b German Criminal Code); see SIEBER, U./VOGEL, B, «Terrorismusfinanzierung-Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht», Duncker & Humblot, Berlin 2015, pp. 68-192.

³⁶ See supra note 34 and 35.

– *Administrative sanctions law* allows more flexible procedures, with first-instance decisions by administrative bodies, especially for mass offenses such as road traffic offenses or minor economic offenses³⁷.

– *Non-conviction-based confiscation* facilitates proof, especially through obligations to cooperate (and especially to explain the origin of the wealth accrued) on the part of the person concerned³⁸.

– *General police law* and specific law on foreigners extend the criminal law powers of intervention with purely preventive powers of intervention, which do not require prior offense commission but instead let purely future-oriented predictive decisions suffice. At present, these powers of intervention are shifted even further forward into the preparatory stages as compared to criminal procedural law, especially when the legislature requires merely an «impending danger» for various coercive police measures³⁹.

– *Intelligence law, anti-money laundering regimes* and the *collection of telecommunication and location data* provide even greater capabilities for data mining, screening a large number of unsuspected citizens with the help of telecommunication and financial transaction data⁴⁰.

– The *listing procedures* of «*smart sanctions*» allow for transnationally effective measures by using intelligence information in procedures that lack a multitude of traditional limitations⁴¹.

– The *laws of armed conflict* also serve to justify transnationally enforceable measures that take place without any prior individual legal procedures⁴².

– *Compliance measures* outsource a significant part of state preventive activities to private companies and utilize these companies' huge

³⁷ SIEBER, U., «Administrative Sanction Law in Germany», in Dyson, M./Vogel, B. (eds.), *The Limits of Criminal Law*, Intersentia Ltd.2018, pp. 301-331.

³⁸ SIEBER, U./RUI, J., «Non-Conviction-Based Confiscation in Europe», in Rui, J./Sieber, U. (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, pp. 245-304.

³⁹ See, e.g. for Germany, Arts. 11, 16-20 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz of 18 May 2018.

⁴⁰ LANG, X., *Geheimdienstinformationen im deutschen und amerikanischen Strafprozess*, Duncker & Humblot, 2013; Vogel, B./Maillart, J. (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law*, Intersentia 2020.

⁴¹ STÖCKL, E., *Smart Sanctions in der Europäischen Union*, Duncker & Humblot, 2014; VOGEL, B., «Targeted Sanctions at the UN and EU Level», in Sieber, U. (ed.), *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crime. Alternative Control Regimes and Human Rights Limitations*, *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 90 (2), 2019, pp. 129-158.

⁴² Manacorda, S./Nieto Martin, A. (eds.), *Criminal Law between War and Peace-Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, UCLM, 2009; SIEBER, U., *Blurring the Categories of Criminal Law and the Laws of War*, *op. cit.*, pp. 35-69.

amounts of data without having to comply with all of the procedural rights and safeguards that apply vis-à-vis state actors⁴³.

Yet, on the other hand, the new security architecture of the risk society not only leads to an increase in security, but in many cases also comes with a drastic reduction of safeguards protecting civil liberties. Most of the aforementioned changes can therefore be viewed as not only beneficial to security but also –conversely– as detrimental to the civil liberties of citizens:

– *Preventive criminal law* shifts criminal law liability into a very early stage and can thereby affect the principles of culpability, individual self-determination and the free *forum internum* of thought.

– *Administrative sanctions law* leads to a shift in power from the judiciary to the administration and can reduce rights of defense and judicial controls.

– *Non-conviction-based confiscation* can undermine criminal law's high evidentiary standards and the right against self-incrimination.

– The expansion of *police law*-based powers of intervention into earlier stages with regard to abstract dangers leads to an increase in administrative power and a high degree of uncertainty for future prognosis, which, in turn, can lead to illegitimate restrictions on liberty and to arbitrariness.

– *Intelligence law* sidesteps the requirements of suspicion of offense commission and the existence of an impending danger for investigative measures.

– *The listing procedures of «smart» or targeted sanctions law* is lacking fundamental defense rights for the concerned persons, e.g. by using barely verifiable intelligence information without a fair legal hearing.

– Individual national interpretations of the *laws of war* can create a kind of «death penalty» (abolished in criminal law long ago) issued by the administration and barely subject to specific procedural control.

– *Compliance rules* partially dispense with essential procedural guarantees (such as the *nemo tenetur* principle), which are axiomatic parts of traditional punitive criminal law.

⁴³ Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (eds.), *El Derecho penal en la era de la compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013; SIEBER, U./ENGELHART, M., *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes-An Empirical Survey of German Companies*, Duncker & Humblot, Berlin 2014.

Thus, the corresponding new powers of intervention and legal consequences for crime control must be fitted compatibly into the respective legal regimes and above all ensure human rights and other legal guarantees. At present, these rule-of-law requirements are not always met by these non-criminal law-based measures.

3) As a consequence, an evaluation of the concrete design of the new security law requires a much more differentiated and extensive examination of its individual components and new research efforts on the whole. Above all, criminal law research should no longer ignore or summarily reject the development of the new, comprehensive security law. It should give up its present self-limitation to traditional criminal law and cooperate more closely with representatives of these alternative disciplines of crime control, aiming at a more coherent system of intervention measures and safeguards balancing security and liberty⁴⁴. With its present self-limitation and by «closing its eyes» to the emerging, new systems of preventive crime control, it could continue to maintain its dogmatic principles in traditional criminal law. But, in this way, it would not prevent *essential* tasks of criminal law from being fulfilled by other legal regimes that circumvent key safeguards of criminal law under a different label (such as *administrative* sanctions or *civil law-based* confiscation). In this case, that would be akin to a person who defends his front door by all means possible while failing to notice that his back door is wide open.

The future interdisciplinary research of criminal lawyers and representatives of other legal regimes should therefore mainly focus on complementing the new architecture of security law by a *new architecture of civil liberties*, which must accompany and counterbalance the emerging regimes of crime control. A central focus in the development of this new comprehensive architecture must therefore be put on what the goals of the various preventive legal regimes are, what social behavior and specific «wrongs» they cover and what civil liberties and human rights apply to them. With regard to the central question of safeguards, it must first be examined whether the traditional guarantees of criminal law also apply to the new regimes in question. In addition, one must analyze to what extent legal safeguards similar to those of criminal law originate from general (and not criminal-law specific) constitutional or

⁴⁴ As exemplified in VOGEL, B., «Reinventing EU Anti-Money Laundering-Towards a Holistic Legal Framework», in: Vogel, B./Maillart, J. (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law-Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, Intersentia, 2020, pp. 881-1025.

other human rights-based guarantees and especially from the principle of proportionality⁴⁵. Finally, if a state intervention is based on a specific legal regime, such as the laws of armed conflict or intelligence law, it must be ascertained whether the basic requirements of the relevant regime and their specific aims and «wrongs» are fulfilled for each respective intervention and whether application of the special legal regime and its specific powers (e.g. in the laws of armed conflict or in intelligence law) are really justified in the very specific situations.

In addition, the various legal regimes used to control crime must be coordinated with each other. Above all, it must be clarified to what extent information obtained in one legal regime can be exploited in another legal regime, for example to prevent intelligence agency measures from circumventing the criminal law limitations on intrusive measures or the requirement of initial suspicion for criminal investigations. If the state acts on the basis of different legal regimes (e.g. criminal law *and* police law), for example in a criminal hostage situation that has already occurred but still poses an ongoing future risk to the victim), it must also be clarified which authority is responsible for directing certain measures if they become necessary. In addition, in cases of parallel investigations, the accumulation of measures may also give rise to specific problems of proportionality. Other problems of accumulation arise, if the new police powers for earlier intervention are used to enforce the new preparatory offenses.

Such an analysis of a controlled and differentiated application of the new regimes of a preventive security law, which is limited by constitutional law and human rights, is far superior, for example, to the differentiation between «criminal law» and «enemy criminal law»⁴⁶ as well as the related exclusion of the new problems from traditional criminal law and their non-discussion⁴⁷. Therefore, the research program

⁴⁵ See for the application of the «Engel criteria» in the present context RUI, J./SIEBER, U., «Non-Conviction-Based Confiscation in Europe», in Rui, J./Sieber, U. (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, pp. 256-273; SIEBER, U., «Administrative Sanction Law in Germany», in Dyson, M./Vogel, B. (eds.): *The Limits of Criminal Law*, Intersentia Ltd. 2018, pp. 301-331 (326-328).

⁴⁶ JAKOBS, G., «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 97, 1985, pp. 751-785; JAKOBS, G., «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», in Eser, A. et al. (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Editor Beck, 2000, pp. 47 et seq.

⁴⁷ Concepts of «Enemy criminal law» have so far also failed to provide appropriate legitimation criteria for establishing when a rule constitutes illegitimate «enemy criminal law». Also, being a special criminal law against the «enemies» of society already renders it unsuitable, since the determination of these enemies does not occur until the end of a criminal proceeding, which

of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg responded to the new developments of risk society, information society and globalization with a different approach: it sought to determine the limits of criminal law not only from a doctrinal perspective of criminal law but to broaden the view and to include the various functional equivalents of crime control (which is an obvious approach for a comparative legal scholar who defines his analysis on the basis of a factual problem such as crime control and not only the basis of a legal term such as criminal law). The legal policy aim of the Max Planck Institute in Freiburg was to not surrender in the face of an «enemy criminal law,» in which the guarantees of criminal law do not apply, but to analyze the various regimes of crime control and their consistency with constitutional and human rights law in order to develop a rule-of-law-based and differentiated security law.

This broader approach, including also alternative preventive legal regimes⁴⁸, has the potential to foster new, innovative approaches to crime control and the development of a broad concept for adequate limits and legal safeguards. Thus, the emerging *architecture of security law* must not only be analyzed as such but must be complemented from the beginning by the development of a new *architecture of the respective civil liberties*.

Luis Arroyo, the esteemed humanist and advocate of human rights, has critically accompanied and supported this research. In this field, his activity was also not limited to the Scientific Advisory Board work for the institute in Freiburg. Important, thought-provoking impulses on alternative systems of fighting crime and preventing system abuse were also evident early on, for instance at the XVth International Congress of Social Defense on «Criminal Law between War and Peace» which he already organized in 2006 with the support of his contemporaries *Marta Muñoz de Morales Romero* and *Adán Nieto Martín*, and which concluded with an unforgettable final event in the old munitions factory in Toledo⁴⁹. This, too, shows how much *Luis Arroyo* has contributed to the development of a «Política criminal humanista para la sociedad contemporánea,» to the international development of criminal

is the point at which one must decide on the application of the respective procedural and substantive rules.

⁴⁸ See DYSON, M./VOGEL, B., «Criminal and Alternative Enforcement Compared», in DYSON, M./Vogel, B. (eds.), *The Limits of Criminal Law, Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia 2018, pp. 397-404.

⁴⁹ For the published congress proceedings see the references above note 42.

Ulrich Sieber

law and to the international cooperation of criminal law scholars with highly current topics. For all these contributions, I would very much like to thank him with this paper and with this review of our joint work on the occasion of his 70th birthday!

LA DIMENSIÓN ÉTICO-POLÍTICA DE LA DISCUSIÓN SOBRE LAS NORMAS DE CONDUCTA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra

I. Introducción

Un debate permanente sobre las normas de conducta, distinto del puramente técnico-jurídico, es el relativo a su dimensión ético-política. Este versa concretamente sobre si el Estado ostenta legitimidad para establecer normas de conducta vinculantes, que sean fuente de deberes incondicionados para sus ciudadanos. La cuestión, por tanto, no es discutir sobre si el Estado puede recurrir de modo legítimo a la coacción mediante la imposición de sanciones a determinadas conductas infractoras de normas. Cualquier concepción acerca de su autoridad acepta que el Estado ostenta legitimidad para recurrir a la coerción jurídica de ese modo. La pregunta es si puede dictar normas de conducta incondicionadamente vinculantes que, infringidas libremente, hagan posible dirigir a sus infractores un reproche que se traduzca en la estigmatización o la discriminación de estos. Esta censura, que conforma la dimensión expresiva de la pena, constituye algo cualitativamente distinto del gravamen de una conducta con un tributo o de la imposición a esta de una sanción administrativa.¹

Este problema es objeto de discusión prácticamente desde siempre. En su formulación más abstracta, se refiere a cuál es el modo propio de obligatoriedad del Derecho. Algo que, desde la perspectiva contemporánea, llama especialmente la atención si se parte de la democracia como base de la autoridad del Estado, así como de la pluralidad interna

¹ Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El estigma como política pública», en *LH Lorenzo Salgado*, 2021 (en prensa).

de las sociedades². En las páginas que siguen quiero dar cuenta de un estudio sobre esta cuestión y dedicárselo muy afectuosamente a Luis Arroyo, con ocasión de su jubilación. El compromiso personal e institucional de Luis con la abolición de la pena de muerte y las penas de duración inhumana hacen de él un destinatario ideal de este texto, en el que se cuestiona que el Estado punitivo se arroge facultades morales. *Ad multos annos!*

II. La teoría del Derecho penal ante el problema ético-político de las normas de conducta

1. No existen normas jurídicas de conducta, sino solo normas jurídicas de sanción, con una estructura hipotética

Una tradición doctrinal –positivista– ha sostenido que las únicas normas jurídicas que existen son normas de sanción con una estructura hipotética o condicional. Estas no expresan obligaciones incondicionadas para los ciudadanos. Tan sólo indican que un comportamiento es obligatorio si el agente quiere evitar la imposición de la sanción. Así, las normas jurídicas se enmarcan en un entorno básicamente regulatorio: son expresión de incentivos y desincentivos. «Si no quieres ir a la cárcel, no mates», «Matar te puede salir caro»... En Derecho penal este fue el punto de vista de Feuerbach, aun sin haber identificado la propia noción de norma³, al construir la teoría de la coacción psicológica con base en la conminación abstracta de pena. En su conocido planteamiento, las conminaciones penales plantean un escenario puramente prudencial, mientras que la imposición efectiva de sanciones, por su parte, constituye el refuerzo regulatorio de la amenaza. En lo que aquí interesa, el modelo se mueve en un contexto exclusivo de coacción (psicológica y física).

Más allá de cuestiones de detalle que aquí no interesan, este fue también el planteamiento de Kelsen⁴ que, en Derecho penal, ha sido sostenido en las últimas décadas por Hoyer. Este parte de que la estructura del Derecho penal viene determinada por su función de influir sobre las conductas para proteger bienes jurídicos⁵. Pero la influencia

² Por ejemplo, RAZ, J., «The Problem of Authority», en *Minnesota L. R.* 90 (2006), pp. 1003 ss.

³ RENZIKOWSKI, J., «Normentheorie als Brücke», en *ARSP* 87 (2001), pp. 110 ss., 111.

⁴ RENZIKOWSKI, J., *ARSP* 87 (2001), p. 113 n. 19.

⁵ HOYER, A., *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Duncker & Humblot, 1997, p. 14.

sobre el comportamiento no tiene lugar mediante el establecimiento de un deber jurídico –en virtud de una norma de conducta–, sino mediante la inmediata puesta en relación del comportamiento cuestionado con la sanción⁶. Los enunciados normativos no deben ser concebidos, pues, como «enunciados de deber, sino como enunciados asertivos regulares»⁷. Entonces, la norma no implica ninguna apelación de deber a la libertad del destinatario, sino que se limita a asociar a la conducta un desincentivo que haga de ésta algo poco atractivo⁸. Sólo establece qué debe hacer el agente si quiere evitar la imposición de la sanción. En el contexto de esta opinión, la sanción penal no desempeña una función sustancialmente distinta de la de los precios o los tributos. Una y otros siguen siendo expresión de orientación y de coerción.

En resumen: Se parte de un concepto de Derecho penal asentado sobre la idea de coacción, que se enmarca en una visión formal de la legitimidad política del Estado para ejercerla. Esta posición parecería especialmente apta para reconstruir las normas jurídico-penales en el marco de sociedades pluralistas, puesto que, según ella, el Estado punitivo no obliga en sentido fuerte, ni tampoco reprocha. Tan sólo gestiona un orden público, sin pretender ostentar autoridad moral sobre los habitantes de su territorio. Eso sí, en este modelo desaparece la propia idea de deber jurídico⁹. El fenómeno del cumplimiento del Derecho tiene un significado psicológico, pero no jurídico.

2. *No existen normas jurídicas –sino solo sociales– de conducta*

Otro sector de la doctrina sostiene asimismo que, tras las leyes penales, no existen normas jurídicas de conducta dirigidas a los ciudadanos. Pero añade que las únicas normas de conducta realmente existentes son socio-culturales. Este era exactamente el planteamiento de la doctrina de las normas de cultura, debida a Max Ernst Mayer. Para esta posición, «la justificación del Derecho y en especial la obligatoriedad de las leyes se basa en que las normas del Derecho coinciden con nor-

⁶ HOYER, A. (1997), p. 40 ss.

⁷ HOYER, A. (1997), p. 48.

⁸ HOYER, A. (1997), p. 267.

⁹ Críticos RENZIKOWSKI, J., *ARSP* 87 (2001), pp. 114 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Normas y acciones*, Hammurabi 2003, pp. 18 y ss

mas de cultura, cuya obligatoriedad conoce y reconoce el individuo»¹⁰. Por tanto, el Estado no impone normas de conducta vinculantes, sino que solo se ocupa de establecer las reglas de imputación de responsabilidad criminal por la infracción de algunas de aquellas normas, que son seleccionadas por su relevancia social¹¹. Expresado de otro modo, el Estado tan solo ejerce la coacción, mientras que las que ostentan la pretensión de orientación de los ciudadanos son normas no jurídicas. Estas, como normas de cultura (religiosas, morales, sociales), determinan el ámbito de lo prohibido y su fuerza vinculante se basa en el reconocimiento de los individuos. Desde esta perspectiva, por lo demás, Mayer sostuvo coherentemente que «el seguimiento de las leyes, el hecho del comportamiento conforme a Derecho, es un fenómeno sociológico y psicológico y ya no objeto de la ciencia jurídica»¹².

Esta línea de pensamiento se ha mantenido a lo largo de los años, alimentada por el denominado «problema de los destinatarios», en el que aquí no cabe entrar.¹³ Sin embargo, sin duda ha sido Jakobs quien en las últimas décadas ha sostenido esta línea de pensamiento de forma paradigmática. Para Jakobs, en efecto, las normas son expectativas sociales de conducta –resistentes a la defraudación– que expresan la identidad de una sociedad¹⁴. Por tanto, no son jurídicas y, menos aún, jurídico-penales. Lo que ocurre es que algunas de ellas, las que manifiestan el núcleo de la identidad normativa de una sociedad, son protegidas por el Derecho penal¹⁵. El Derecho penal es, pues, un orden secundario de protección, que solo se integra por las reglas de imputación de las infracciones de determinadas normas sociales, a los efectos de la imposición de pena¹⁶. Ciertamente, Jakobs atribuye a la imposición de sanciones una misión de reorientación autoritativa, es decir, de estabilización de las expectativas, y el ejercicio de la coacción física desempeña un papel secundario. En fin, también para Jakobs –y de modo consecuente– el fenómeno de la obediencia espontánea (el seguimiento de las normas) tiene relevancia psicológica o sociológica, pero no jurídica.

¹⁰ MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, 1903, p. 16.

¹¹ MAYER, M. E., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Winter, 1915, p. 33.

¹² MAYER, M. E., *AT*, 1915 p. 35 n. 35.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., BdeF, 2010, pp. 512 ss.

¹⁴ JAKOBS, G., *Norm, Person, Gesellschaft*, Duncker & Humblot, 1997, p. 32, 39, 54, 112; EL MISMO: «Bindings Normen und die Gesellschaft», en: *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. de Figueiredo Dias*, I, U. Coimbra, 2009, 387 ss.

¹⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2.ª, de Gruyter, 1991, 1/8.

¹⁶ JAKOBS, G., *AT*, 2.ª, 1991, 1/9.

En resumen: Para esta línea de pensamiento las normas de conducta emergen de la «eticidad» o de la «cultura» y vinculan en virtud de su reconocimiento social. El Derecho penal constituye un sistema coactivo de imputación a efectos de reafirmar las normas en su misión de orientación. Pero no queda claro cómo opera el sistema para aquellos que viven al margen de la cultura de la sociedad, los llamados «externos» o foráneos, cuestión en la que aquí no es posible entrar.

3. *Existen normas jurídicas de conducta, que expresan una obligación categórica o incondicionada*

a. INTRODUCCIÓN

Una tercera tradición, en cambio, sostiene que existen normas jurídicas de conducta –de Derecho público o estrictamente de Derecho penal– y que estas expresan además una obligación incondicionada, vinculante de modo general. Como puede observarse, existe una diferencia radical entre esta posición y las dos anteriores acerca de la autoridad del Derecho. Aquí se trata de una autoridad que va más allá del ejercicio de la coacción jurídica y más allá de la estabilización autoritativa de la vigencia de normas no jurídicas. Ahora bien, todavía es posible distinguir dos variantes dentro de esta posición. En una de ellas la obligación categórica de la norma se deriva de su contenido y del valor que este tiene (Haz esto, porque esto es lo bueno –o lo «razonable»–). Es decir, de razones de justicia. En la segunda, en cambio, la obligación categórica de la norma se deriva de la autoridad de quien la dicta (Haz esto porque te lo mando yo). Es decir, de la voluntad legítima del emisor. Eso sí, en ambos casos el mensaje es: «No debes matar», de modo que no se trata solo de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino de que no debe realizarse en absoluto.

En realidad, estas dos variantes no son novedosas. Por el contrario, reflejan dos posturas clásicas divergentes en cuanto a la legitimidad de las leyes. Estas son las que se reflejan en las máximas *veritas facit legem* (es la verdad la que hace la ley) y *auctoritas facit legem* (es la autoridad la que hace la ley). Resulta común citar a Hobbes en el comienzo de esta contraposición. Sin embargo, sus orígenes se hallan en la filosofía medieval, en concreto, en la polémica entre el intelectualismo y el voluntarismo. Ciertamente, hasta el siglo XVI el intelectualismo tenía una

base teológica (como de hecho también la tenía el voluntarismo: todo poder viene de Dios).

b. EXCURSO: EL DEBATE HISPÁNICO SOBRE LAS LEYES QUE OBLIGAN EN CONCIENCIA

La aparición de la doctrina del Derecho penal estatal en la Baja Edad Media y su posterior desarrollo en los siglos XVI y XVII obligó a plantearse el problema central de si las normas del Estado pueden obligar moralmente a su destinatario. En la expresión clásica, se trataba de determinar si las normas del Estado obligan en conciencia, de modo que su infracción puede imputarse a título de *culpa* (reproche de culpabilidad). La pregunta era obvia en la medida en que los albores del Estado Moderno suscitaban el problema relativo al grado de vinculación de sus normas de conducta, en comparación con las normas del Derecho divino, el Derecho natural y la moral.

En la Escolástica española predominó la tesis de que las leyes estatales sí obligaban a título de *culpa*. Sin embargo, en el marco de esta discusión se efectuó la propuesta de realizar una tripartición de las «leyes» –normas, diríamos hoy–: las morales, las mixtas y las puramente penales. Se entendía por leyes morales las que obligan solamente en conciencia, pues su infracción no va acompañada de una sanción que deba ser soportada por el infractor. Por tanto, los deberes contenidos en ellas no tenían una eficacia jurídicamente garantizada. La mayor parte de las leyes estatales se consideraban mixtas –morales y penales–, en la medida en que obligaban en conciencia a realizar una conducta y, en caso de ser incumplidas, obligaban asimismo a soportar una sanción. Se afirmaba, sin embargo, que existían unas *leges mere poenales*, es decir, puramente penales, que no obligaban en conciencia. Este concepto ocupó a los teólogos-juristas de la escolástica hispánica; en particular, aunque no solo, a Alfonso de Castro¹⁷ y Francisco Suárez. Así, este último definió la ley meramente penal como «la que contiene exclusivamente el precepto, por así decir, hipotético de sufrir tal pena o perjuicio si se hace esto o aquello, aun cuando no se imponga precepto respecto del acto sometido a tal condición»¹⁸. Como se observa con claridad, en las leyes meramente

¹⁷ CRUZ CRUZ, J., «Interpretación de la pena y de la ley penal en Alfonso de Castro», en: el mismo (ed.) *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsa, 2010, pp. 53 ss., 65-66.

¹⁸ LEOCATA, F., «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en Cruz Cruz, J. (ed.), *Delito*, 2010, pp. 15 ss., 19.

penales la norma de conducta no es categórica, sino hipotética. En cualquier caso, estas conformaban un grupo pequeño, de modo que se entendía que la mayoría de las leyes penales estatales obligaban en conciencia (a título de *culpa*). Aun así, quedaba abierta la cuestión de si lo hacían por su contenido –en tanto que orientado al bien común– o por proceder de una autoridad legítima.

C. INTELECTUALISMO Y VOLUNTARISMO A PARTIR DEL SIGLO XVII

Frente a la posición de los autores de la escolástica española, los juristas protestantes sostuvieron mayoritariamente que el Derecho estatal es un orden exterior que no vincula a título de *culpa*¹⁹. Esta posición era la propia de la separación del Derecho y la moral, pero no negaba que las normas del Estado obligaran en términos categóricos. Para ello se procedió a la conformación de una pseudomoralidad jurídica. Desde este punto de vista el Derecho, pese a tratarse de un orden externo, es más que un orden de coacción²⁰. En concreto, constituye un orden de deber, que obliga categóricamente a su cumplimiento²¹. La base teológica fue sustituida por un fundamento secular²². Desde entonces, el fundamento de la obligación jurídico-penal ha tenido variantes intelectualistas-individualistas (la razón); voluntaristas-individualistas (en las doctrinas del contrato social); republicanas (la cooperación ciudadana); o comunitaristas (la eticidad, la generalidad).

En el Derecho penal de finales del siglo XIX fue muy relevante un planteamiento voluntarista. En la obra más importante del cambio de siglo, Binding efectuó la propuesta que sostiene el carácter categórico de las normas a partir del deber de obediencia que vincula a sus destinatarios con la autoridad del Estado. El Derecho es expresión de voluntad autoritativa, aunque también deriva de la racionalidad del soberano, de modo que la obediencia que reclama no es meramente formalista²³. En todo caso, en las normas de conducta es irrelevante tanto la dimensión de

¹⁹ Aunque se sostuviera por algunos la existencia de un deber moral de cumplir el Derecho.

²⁰ Sobre la coerción en Kant, BYRD, S., «Kant's Theory of Punishment», *Law and Philosophy* 8 (1989), pp. 151 ss., 154-155.

²¹ Sobre la dimensión categórica de la norma en Kant, SCHUHR, J., «Kategorische Sanktionsnormen, kategorische Verhaltensregeln», *JRE* 27 (2019), 685 ss. 694-695.

²² ÁLVAREZ CORA, E., «La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII», *Ius Fvgit*, 19, 2016, pp. 35 ss.

²³ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, 1885, pp. 3,160, 186;

coacción²⁴, como la dimensión de eticidad²⁵: lo decisivo es la autoridad. Con todo, su posición acerca de la vinculación de las normas en virtud de la autoridad de su emisor no se impuso. Ha prevalecido, en cambio, la idea de que las normas de conducta, para ser vinculantes, tienen que poseer una legitimación material relativa a su contenido. A lo largo del siglo xx, esa legitimación vino dada por las doctrinas del bien jurídico.

En resumen: Para esta perspectiva, el Estado tiene la autoridad para imponer normas de conducta categóricas y reprochar jurídicamente su infracción. Ahora bien, cuando se habla de la existencia de una obligación jurídica-categorica de obedecer el derecho y de la formulación de un «reproche jurídico» para quien la incumple, el Derecho se configura como un orden «paramoral». Aparece como una pseudoconciencia externa (ciudadana) de sus destinatarios. El deber de soportar la sanción en caso de desobediencia de la norma consiste, por un lado, en el deber de soportar un reproche que se relaciona con la naturaleza categorica de la obligación. Por otro lado, consiste en el deber de soportar una coacción física externa (sustitutiva de funcionamiento de la coacción psicológica interna o externa que se manifiesta en el cumplimiento). En el marco de este modelo, en definitiva, se abre la cuestión de la legitimidad del Estado para obligar de modo categorico. Esta legitimidad tiene que proceder o del propio contenido de las normas, o de la autoridad de su emisor.

III. ¿Puede el Estado reprochar la desobediencia a (algunas) de sus normas?

1. Planteamiento

De modo general, las normas del Estado no obligan en conciencia. Más aún, su infracción tampoco conlleva un reproche jurídico, sino solo el deber de soportar una coerción en forma de sanción. El paradigma de ello es la multa que se impone en Derecho administrativo sancionador por la infracción del orden estatal. De hecho, la noción penal de culpabilidad –que constituye, junto al hecho de que una conducta haya sido criminalizada, la base del reproche–, les resulta bastante lejana a los órdenes extrapenales de conducta. En cambio, el lenguaje del Derecho pe-

²⁴ BINDING, K., (1885), pp. 161, 163-164.

²⁵ BINDING, K., *Die Normen und Ihre Übertretung*, I, Engelmann, 1872, p.184 nota 309.

nal del Estado pone de relieve con mucha claridad que las normas de conducta se consideran incondicionadamente vinculantes. Los propios usos lingüísticos permiten advertir que la infracción de estas normas no sólo da lugar a una sanción neutra, sino en primer lugar a un juicio de reproche estigmatizador. Ello es independiente de que la pena sea privativa de libertad o no. Las consideraciones que siguen plantean la cuestión de si puede legitimarse el hecho de que el Estado, imponga una pena privativa de libertad o no, formule un juicio de reproche contra quien infringe una norma penal. Por tanto, van más allá de los problemas específicos de esta clase de pena²⁶ para abordar la cuestión de la criminalización y el castigo penal de modo general. Tampoco procede entrar aquí en la específica naturaleza de ese reproche. Al respecto, unos autores hablan de reproche jurídico, haciendo del Derecho una instancia «paramoral», que se dirige a una «conciencia jurídica» individual del infractor; otros, de censura directamente moral, lo que parece apelar a una moral compartida por quien infringe la norma; otros, en fin, del avergonzamiento funcional de quien no ha estado a la altura de lo esperado.

Con independencia de cómo se adjective, el juicio de reproche (o avergonzante) que dirige el Estado a quien infringe una norma penal de conducta puede ser legítimo o ilegítimo. Como se ha indicado, las vías para legitimarlo pueden ser dos: (i) la de recurrir al contenido específico de las normas penales; o bien (ii) a la acudir a la voluntad del Estado de criminalizar una conducta. La primera posibilidad es la que, implícitamente, se ha sostenido de modo clásico entre los penalistas, sobre todo mediante la apelación a la doctrina del bien jurídico. De conformidad con ella, la gravedad de los hechos criminalizados (un concepto material de delito) y la especial maldad de la conducta con la que estos se llevan a cabo (*dolus malus*) son los fundamentos materiales del reproche. En efecto, se diría que quien lesiona un bien jurídico, comete un «mal jurídico», de modo que merece un reproche jurídico (externo), que se dirige a su conciencia jurídica. La segunda vía, en cambio, pasa por sostener que la legitimación para reprochar la comisión de un delito no deriva del contenido del hecho criminalizado, sino de la decisión del Estado de criminalizarlo²⁷. De conformidad con esto, es la autoridad del Estado la que le atribuye esa potestad de obligar categóricamente y reprochar el incumplimiento de la obligación.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 3.^a ed., BdeF, 2011, pp. 176 ss.

²⁷ BAKER, D., «The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law», *McGill L. J.*, 56 (2011), 349 ss., 356, 376. Próximo, MELISSARIS, E., «Toward a Political Theory of Criminal Law», *NCLR* 15 (2012), pp. 122 ss.

2. *Fundamentaciones materiales y formales*

Lo cierto es que las dos opciones plantean problemas. La que apela al contenido, porque no todos los hechos criminalizados muestran una extrema gravedad. Así, antes que deslegitimar buena parte de los tipos delictivos de los ordenamientos legales vigentes, las doctrinas que buscan un contenido material común de los hechos punibles optan por legitimarlo casi todo. Esto es lo que ha ocurrido con la teoría del bien jurídico. Pero las doctrinas de la proporcionalidad, gestionadas por tribunales constitucionales autorrestrictivos, tampoco han conducido a un resultado diferente. En el ámbito anglosajón se ha dado una hiperproducción de teorías que sostienen que no existe una autoridad del Estado para castigar independientemente de los concretos contenidos criminalizados. Sin embargo, tales teorías no logran establecer un contenido que ponga un límite a la criminalización de *mala quia prohibita*. Basta tener presente, a mero título de ejemplo, la conocida doctrina de los «males públicos» de Duff²⁸, o las menos conocidas de la «pérdida del derecho a no ser castigado»²⁹.

De este modo, el itinerario de la vía del contenido acaba conduciendo *volens nolens* a la vía del Estado punitivo. Es creciente el número de los autores que sostienen que el Estado ostenta autoridad para obligar con sus normas y para reaccionar penalmente contra la infracción de cualquiera de ellas³⁰. Ello se deriva de la competencia estatal para resolver los desacuerdos y establecer, por tanto, las premisas de la cooperación social en libertad. Ciertamente, de ahí se puede derivar el recurso legítimo a la coacción por parte del Estado. Pero, en primer lugar, no se entiende muy bien por qué el Estado democrático, al decidir «resolver desacuerdos sociales» tipificando determinada conducta, pasa a tener por ello la potestad de dirigir un reproche (o de avergonzar) a quien la lleva a cabo. Ello, tanto si la censura se califica explícitamente de moral³¹, como si se la denomina «jurídica». En segundo lugar, esta posición parece defender la autoridad del Estado democrático para emitir un juicio de censura (moral o jurídica) no solo sobre

²⁸ DUFF, A., *The Real of Criminal Law*, OUP 2018, 310 ss.

²⁹ WELLMAN, C., «Rights Forfeiture and Mala Prohibita», en DUFF, A. et al., *The Constitution of the Criminal Law*, OUP, 2013, pp. 77 ss.

³⁰ THORBURN, M., «Criminal Law as Public Law», en Duff, A./Green, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, OUP, 2011, pp. 21 ss., 42; CHIAO, V., «Two conceptions of the Criminal Law», en Flanders/Hoskins, *The New Philosophy of Criminal Law*, Lanham, 2015, pp. 19 ss.; el mismo, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, OUP 2019.

³¹ GARVEY, S., *Guilty Acts, Guilty Minds*, OUP, 2020, pp. 20 ss., 51 ss., 55-56.

quienes cometen delitos, sino de modo general sobre quienes llevan a cabo cualesquiera conductas que desobedecen sus normas, tanto si estas normas son penales como administrativas. El fundamento de la censura se sitúa en que quienes incumplen las normas estatales muestran «arrogancia y falta de respeto» frente a los que las cumplen. Pero obviamente esto no sucede solo en quien comete un delito, sino también en el conductor que se salta un semáforo en rojo cuando no viene nadie por la vía perpendicular³². En tercer lugar, las tesis contractualistas (que se basan en el consentimiento de agentes racionales³³, o en la concepción de la ciudadanía como proyecto cooperativo)³⁴, tienden a ver en el delito el incumplimiento de un contrato (social o político). Pero en realidad ese incumplimiento de contrato se da en cualquier infracción de normas estatales, penales o administrativas.

Este planteamiento ampliatorio es coherente con una fundamentación formal –independiente del contenido– de la legitimidad de las normas. Pero su coherencia extiende el problema, pues obliga a replantearlo a propósito de todas las normas estatales. La cuestión es, entonces, por qué las normas del Estado son categóricas de modo que su infracción pueda ser reprochada. Del incumplimiento de un contrato no se deriva un reproche, sino la ejecución coactiva de la obligación. En el Derecho penal ello se traduciría en la imposición y ejecución aséptica de la pena. El castigo debería verse entonces como el «pago de una deuda», una expresión –por lo demás– muy común en el lenguaje ordinario. Sin embargo, como se ha dicho, son muchas las opiniones que pretenden hacer compatibles la fundamentación política de la sanción y el reproche al sujeto sancionado (esto es, la pérdida de su estatus moral). A este respecto es común remitir, con variantes en la formulación, a la «autoridad epistémica» de la democracia³⁵. La premisa es que el Estado tiene la potestad de definir los términos de la cooperación de los individuos en el proyecto político común y de sancionar las infracciones de esa cooperación. Esto está claro, pero sigue sin identificarse el título en virtud del cual puede censurar, avergonzar o estigmatizar al que ha infringido la norma de conducta.

³² GARVEY, S. (2020), p. 53.

³³ FINKELSTEIN, C., «Punishment as Contract», *Ohio St. L. R.* 8 (2011), 319.

³⁴ DIMOCK, S., «Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences», en Duff, A. et al. (eds.), *Criminalization*, OUP 2014, pp. 151 ss.

³⁵ BENNETT, C., «The Authority of Moral Oversight», *Legal Theory* 25 (2019), pp. 153 ss.

3. *Un itinerario alternativo*

Una reconstrucción histórica del carácter incondicionadamente vinculante de las normas penales del Estado muestra que es plausible vincularla, en primer lugar, con la concepción propia de las monarquías absolutas de Derecho divino. Este modelo de Estado tendió a identificar la norma estatal con la norma divina y el delito con el pecado. Su superación, sin embargo, no cambió sustancialmente las premisas. Unas doctrinas procedieron al endiosamiento de la libertad individual y de los derechos subjetivos, dentro de las doctrinas del contrato social o al margen de ellas. Otras procedieron al endiosamiento de la eticidad, es decir, del espíritu del tiempo o la identidad colectiva. En fin, se ha acabado por endiosar la democracia como forma institucionalizada de resolver los desacuerdos. Sin embargo, se hace imposible endiosar cualquier contenido que un Estado decida proteger bajo pena. Por lo mismo, tampoco parece que la democracia –la voluntad de la mayoría– pueda ser endiosada en términos de señalar que su expresión en una norma es incondicionadamente vinculante y su infracción puede ser objeto de reproche estigmatizador. La democracia, como forma de resolución provisional de desacuerdos, debe ser escéptica con respecto a sí misma. Parece claro que quien es castigado por una ley democrática conforme a la respectiva Constitución no tiene «derecho a quejarse», porque hay que cumplir las reglas de los juegos, siempre que estas sean limpias (*fair play*). Pero una cuestión distinta es el reproche dirigido al disidente.

La expansión del Derecho penal entendida aquí en particular como expansión e intensificación de un reproche pseudomoral refleja una profunda inmoralidad del poder estatal. Sin embargo, no parece que vaya a cesar. En realidad, la dimensión avergonzante se pretende extender incluso al Derecho administrativo sancionador. Ahora bien la auténtica secularización del Derecho penal debería conducir, de entrada, a erradicar el endiosamiento del Estado punitivo. Ello, a su vez, comporta una tecnocratización del Derecho penal. Ahora bien, ¿de todo el Derecho penal?

No. Como es sabido, existe un primer grupo de hechos que cualquier Estado tiene obligatoriamente que criminalizar. Estos son aquellos en los que se afecta a los bienes intrínsecos de la persona: a su vida, a su integridad y a su indemnidad psico-física y moral. En relación con ellos, que son delitos dolosos de violencia explícita o implícita, las normas son ciertamente categóricas e incondicionadas. Pero no porque el Estado pueda atribuirles esa condición, sino porque la tienen sustan-

cialmente. Son hechos que lesionan la moralidad elemental que rige la relación interpersonal pre-política, es decir que quiebran el vínculo de humanidad del que se deriva el deber de respeto a la dignidad de uno mismo y del otro, un deber natural para todos³⁶. Su criminalización estatal añade una razón prudencial a todas aquellas que hablan en contra de la comisión del hecho. El reproche que dirige el Estado –por delegación de la humanidad– no es jurídico-estatal, sino moral-universal.

Es distinto un segundo grupo de hechos, que afectan a determinados bienes extrínsecos. Ciertamente, en casos drásticos de afectación de bienes personales extrínsecos imprescindibles para la vida digna de sus titulares –por ejemplo, ciertas afectaciones de la propiedad–, el Estado debe también criminalizar y establecer obligaciones categóricas de cumplimiento. En cambio, en los restantes casos de afectaciones de bienes personales extrínsecos, su criminalización no puede pretender establecer una obligación categórica de cumplimiento de normas de conducta. En efecto, los delitos que afectan a bienes extrínsecos, salvo a algunos de ellos y en su núcleo, son en realidad infracciones de un orden social estatal concreto. Ello es relativamente fácil de advertir en la redacción de los tipos delictivos correspondientes, porque esta se apoya en elementos normativos de sentido o de valoración social y jurídica. En fin, un tercer bloque de delitos se refiere a un orden administrativo de previsión. Estas son las infracciones paradigmáticas de deberes de cooperación. Aquí de nuevo el Estado no puede establecer una obligación categórica.

La tripartición sucintamente efectuada se mueve en la tradición de la distinción dual entre *mala in se* y *mala quia prohibita*. Sin embargo, pretende circunscribir el ámbito de los *mala in se* a lesiones básicas y directas de lo propio de la dignidad humana, lo que redundaría en la aparición de dos clases parcialmente distintas de *mala quia prohibita*. Tal tripartición pretende poner de relieve que la autoridad moral del Estado es prestada. La tiene en tanto que cumple con su deber de protección inmediata e indiscutible de bienes intrínsecos de la persona o de bienes extrínsecos inmediatamente vinculados con los intrínsecos. Más allá de estos, tiene ciertamente autoridad política para establecer un orden y protegerlo mediante la coacción. Esta autoridad, sin embargo, no puede redefinirse en términos morales ni «paramorales». No permite hablar de un deber jurídico cuya infracción genera un reproche jurídico expresando así una «moral sin moral». El Estado secular democrá-

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, Atelier, 2018, pp. 68-69.

tico puede imponer y coaccionar. Pero no adquiere, en virtud de la decisión de criminalizar una conducta, la facultad metafísica de transformar una infracción del orden estatal en un *malum*. Si es secular, no debería pretender ni ser Dios ni usurpar nuestra conciencia.

EVIDENCIAS EMPÍRICAS Y OPINIÓN PÚBLICA SOBRE EL CASTIGO PENAL EN ESPAÑA

PILAR TARANCÓN GÓMEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

Este estudio realiza una revisión de las evidencias empíricas relativas a la opinión pública sobre el castigo penal en nuestro país como homenaje a los diversos trabajos académicos que ha dedicado Arroyo Zapatero a este tema, dentro de los cuales he de destacar «*Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales*»¹, que ha inspirado el presente trabajo. En este artículo, del año 2014, el homenajeado expuso una de las cuestiones más discutidas de las últimas décadas, que España constituye un buen campo de práctica para el estudio de las relaciones entre el castigo y opinión pública y la deriva de una política criminal punitivista.

Ciertamente, desde finales de los años noventa, la política criminal española se ha caracterizado por la proliferación de reformas legales que han endurecido la reacción de la justicia penal ante la delincuencia, legitimadas, en parte, por las demandas ciudadanas en este sentido². Las Exposiciones de Motivos de tales reformas, que han afectado tanto

¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales», en *Derecho Penal y Criminología*, 5, 2014, pp. 15 ss.

² Véanse, entre otros estudios, DE SOUZA DE ALMEIDA, D., «Las barreras al tsunami del populismo punitivo. ¿Ilusión o meta factible?», en *Jueces para la Democracia*, 99, 2020; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Ed. Trotta, 2013; GARCÍA MAGNA, D., «El recurso excesivo al derecho penal en España. Realidad y alternativas», en *Política criminal*, 14(27), 2019; GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1996. LARRAURI PIJOAN, E., «La economía política del castigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11, 2009; MEDINA ARIZA, J. J., «The Politics of Crime in Spain, 1978-2004», en *Punishment and Society*, 8, 2006; PORTERO HENARES, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», en *Revista penal*, 40, 2017, p. 193 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «Alarma social y Derecho penal», en *InDret*, 1, 2008; VARONA

a la respuesta penal que se proporciona a los adultos como a la de los menores³, dan buena cuenta de ello. A modo de ejemplo, a continuación se recogen algunos de los diversos –y recurrentes– motivos esgrimidos en atención a tales demandas y/o preocupaciones sociales:

En cuando a las sucesivas modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	
Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.	«Las preocupaciones sociales , en tanto se considera necesario que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual».
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.	«Las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal [...] La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas . Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido ».
Y las relativas a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores	
Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.	«Aumento considerable de los delitos cometidos por menores como motivo de preocupación social y de que la ley haya perdido credibilidad por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentes, como son los delitos y faltas patrimoniales. Y, en consecuencia, legitima a los jueces a « compatibilizar el primordial interés del menor con una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido ».

La cuestión es que la alusión a la preocupación y/o inseguridad social, o a las demandas ciudadanas de un castigo proporcional para determinados hechos delictivos, no se basa en estudios rigurosos previos de la opinión pública, sino más bien en la presunta valoración de un clima social punitivo dibujado en gran parte por los medios de comuni-

GÓMEZ, D., «¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España», en *InDret*, 1, 2009.

³ Junto con los virajes punitivos que han afectado al Código Penal hay que poner atención a los que ha sufrido la Ley de responsabilidad penal del menor. Vid. FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Repensando la justicia de menores», en Moró, F., Agustina, J. R., Medina, J. E. y Summers, L. (coords.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Ed. Dykinson, 2015, pp. 613 ss.

cación⁴. En este sentido, como apunta Fernández Cruz⁵, en lo que concierne a los procesos discursivos de legitimación, los elaborados por los medios de comunicación «constituyen realidades sociales tan reales como las descritas por las ciencias naturales», cuando, en realidad, ofrecen una imagen sesgada de los temas que sitúan en el centro del debate legislativo y social.

Este manejo politizado y mediatizado de la cuestión penal es muy discutido, entre otros motivos, y según lo expuesto, porque la opinión suscrita adolece de la suficiente rigurosidad empírica, en tanto es medida mediante sondeos y encuestas de opinión más bien superficiales, que no calibran la información y el conocimiento previo de los encuestados sobre la cuestión penal objeto de debate, sobre las penas particulares que se imponen, su efectividad o los índices de criminalidad, etc., ni profundizan en el análisis de los factores y variables que pueden determinar o matizar las opiniones suscritas en torno a ella. Como Varona Gómez⁶ detalla en uno de sus estudios sobre la temática, un ejemplo de la utilización política de encuestas a ciudadanos *no informados* puede apreciarse en las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en marzo de 2015 en torno a una de las reformas más punitivistas y polémicas que ha sufrido el Código Penal con la inclusión de la *prisión permanente revisable*, y que ha provocado el rechazo absoluto de un sector importante de la doctrina penal⁷.

⁴ Véanse, entre otros y desde variados enfoques, ANTÓN MELLÓN, J./ALVAREZ JIMÉNEZ, G./PÉREZ ROTHSTEIN, P. A., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España (1996-2013)», en *Crítica Penal y Poder*, 9, 2015; DE SOUZA DE ALMEIDA, D., «Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública. Una introducción para la comprensión del populismo penal mediático», en *Revista penal*, 45, 2020; GARCÍA ARÁN, M/PERES NETO, L., «Discursos mediáticos y reformas penales de 2003», en García Arán, M/Botella Corral, J. (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008; GARCÍA MAGNA, D./CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «El tratamiento del blanqueo de capitales por la prensa escrita: análisis descriptivo y valorativo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(6), 2011; POZULEO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, 2013. RECHEA ALBEROLA, C./FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Los discursos sobre seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia en la prensa española*, Ed. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2006. VARONA GÓMEZ, D., «Medios de comunicación y punitivismo», en *Indret*, 1, 2011.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., «La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la Ética Procedimental», en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 21 (2), 2009, p. 161 ss.

⁶ VARONA GÓMEZ, D., «Derecho penal democrático y participación ciudadana», en *Indret*, 2, 2018.

⁷ Sin ir más lejos, Arroyo Zapatero fue uno de los penalistas que firmó el dictamen que recoge la argumentación del recurso de inconstitucionalidad presentado en 2015, que está sin resolver a fecha de hoy. A destacar asimismo la publicación que impulsó en contra de la cadena perpetua, en la que, entre otros académicos, participaron varios profesores/as de esta Universidad: García Rivas, De León Villalba, Nieto Martín. Véase, sobre esto, Arroyo Zapatero, L./Lascurain Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M./Rodríguez Yagüe, C. (eds.), *Contra la cadena perpetua*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Colección de Estudios Penales Marino Barbero Santos, 2016. Así

En dichas sesiones se hizo referencia a una encuesta telefónica realizada por *Metroscopia*, publicada por el diario El País a principios de ese año y que desplegaba el siguiente titular: «*La mayoría de los españoles avala la cadena perpetua revisable*»⁸. Tal aseveración se basó en los datos obtenidos en torno a cuatro opciones preestablecidas de respuesta a la pregunta «¿Está de acuerdo con la implantación en España de la pena de cadena perpetua?»: (1) el 20% de los encuestados opinó que «sí», (2) el 47% estuvo de acuerdo con la respuesta relativa a «sí, siempre cuando sea revisable», (3) el 18% dijo que «no, en ningún caso», (4) el 15% señaló la opción «no sabe, no contesta». Además, la noticia, teniendo en cuenta la posición política de los encuestados, concluía que «si los partidos políticos se ajustaran al *sentir* de los ciudadanos consultados por *Metroscopia*, solo Izquierda Unida votaría en contra de la proposición de ley que incluye la prisión permanente revisable». Un *sentir* medido, valga decir, de forma muy superficial.

El caso es que unos años antes, en relación con el *Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*⁹, en cuya Exposición de Motivos ya se apelaba directamente a la demanda social y a casos de especial gravedad que habían provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, este mismo diario publicó la noticia «Cuando la ley se hace a golpe de escándalo»¹⁰ en la que se hacía referencia al populismo punitivo del momento, a una opinión pública desinformada, al oportunismo de los partidos políticos, a la masificación de nuestras cárceles y a las consecuencias de estas reformas apresuradas, entre otros asuntos. La noticia también incluyó una encuesta de opinión que exploró las opiniones ciudadanas sobre la siguiente cuestión: «¿Qué te parece cambiar el Código Penal a golpe de escándalo?». Esta pregunta tuvo 1176 respuestas,

también, De León Villaba, F. J./López Lorca, B. (dirs.), *Penas de prisión de larga duración*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

⁸ Véase http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html. En la misma, línea, se publicaron otras encuestas sobre la prisión permanente revisable: de GAD3, de *NC Report* y de *Simple Lógica*. Vid. <https://www.cambio16.com/encuestas-sobre-la-prision-permanente/>

⁹ Como señalan Casanueva Sanz y Pueyo Rodero, casi nadie duda en poner nombres y apellidos a los sucesos que han generado esa alarma social y en los que está pensando el autor de la Exposición de Motivos: el caso Mari Luz y el de Juana Chaos. Vid. Casanueva Sanz, I./Pueyo Rodero, J. A. (dirs.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Ed. Universidad de Deusto, Cuadernos Penales José María Lidón, 2009. Arroyo Zapatero también alude a estos acontecimientos en la presentación de la obra Arroyo Zapatero, L./Mireille Delmas-Marty, J. D./Alcalá Sánchez, M. (eds.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

¹⁰ Véase https://elpais.com/diario/2008/11/21/sociedad/1227222001_850215.html

de las cuales (1) al 58% le pareció «mal, habría que hacerlo en otro momento», (2) al 40% «bien, hay que endurecer algunas penas», (3) el 2% no supo o no quiso contestar.

En suma, estos sondeos ponen de manifiesto que las opiniones son dúctiles y están condicionadas, no solo por los temas cuestionados, sino por cómo se formule la pregunta en sí, es decir, si los niveles de punitivismo publicados son más bien producto de la forma de medirlo¹¹. De ahí que sobre estos asuntos redunde la idea de *manejo político/mediático*, o de *doble incompreensión*, en palabras de Larrauri Puján¹², «la de la opinión pública respecto del sistema penal y la de los políticos respecto de la opinión pública». Y la advertencia de que, en todo caso, no se puede legislar a golpe de suceso mediático, pues «cuanto más grave es la situación –dice Giménez Salinas– con mayor serenidad hay que afrontarla»¹³.

Y cierta serenidad, al menos *rigor, evidencia y comprensión*, es lo que se intenta aportar desde el ámbito criminológico a través de la línea de investigación conocida como «actitudes punitivas», que reúne un cuerpo sólido de estudios cuyo propósito es identificar empíricamente las opiniones y/o actitudes de la población hacia el castigo y el funcionamiento del sistema de justicia penal, en lo que se refiere tanto a la delincuencia adulta como a la juvenil¹⁴, teniendo en cuenta la diversidad de factores intervinientes en la conformación de las mismas; dado que, como ya señaló en el año 2008 Varona Gómez¹⁵, «cuando la apelación al clamor popular parece haberse convertido en una de las directivas básicas del diseño de la política criminal actual, se hace imprescindible saber exactamente qué demandan los ciudadanos del sistema penal».

¹¹ POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./CARO CABRERA, M./LÓPEZ MENCHÓN, A., «Grados y rasgos de la demanda de castigo penal. Actitudes punitivas en la población andaluza», en *Boletín Criminológico*, 194, 2020, p. 4.

¹² LARRAURI PIJOAN, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», en *Jueces para la Democracia*, 55, 2006.

¹³ GIMÉNEZ SALINAS, E., «Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar», en Giménez Salinas, E. (Ed.), *Justicia de menores: una justicia mayor*, Ed. Consejo General de Poder Judicial, 2000, p. 540.

¹⁴ Esta línea la conforma un numeroso y variopinto cuerpo de estudios que busca identificar las opiniones, percepciones, actitudes y expectativas de los ciudadanos hacia la respuesta penal que merecen las personas que han quebrantado la ley. En cuando a las actitudes punitivas en torno a la delincuencia adulta, *Vid.* AGUILAR JURADO, J. A., «Aproximación al análisis de las actitudes punitivas», en *Criminalidad*, 60 (1), 2018. Respecto a la juvenil, *Vid.* AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., «Presente y futuro del estudio de la opinión pública hacia el castigo de los menores infractores. Evidencias, carencias y posibilidades», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 12, 2014.

¹⁵ VARONA GÓMEZ, D., «Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 1(6), 2008, p. 2.

II. Evidencias empíricas y opiniones ciudadanas sobre el castigo penal de los adultos y menores

En España existen de hecho ya bastantes investigaciones que tratan de dar cuenta del fenómeno en cuestión, y que son consistentes con la idea de que considerar que el público sólo reclama mano dura –como se ha hecho en los discursos políticos y mediáticos– es subestimar la complejidad de las sensibilidades públicas –o de aquel *sentir* público– hacia el castigo¹⁶. Está claro que el estudio de la opinión pública constituye un ejercicio necesario dentro de un sistema democrático como el nuestro, sobre todo, teniendo en cuenta que «nos guste o no y dicho coloquialmente –señala Varona Gómez–, la voz ciudadana ha llegado para quedarse»¹⁷. Lo que no es admisible, en la línea de lo anotado antes, es que la opinión pública *visibilizada* no haya sido medida con rigor científico.

Lo dicho es extrapolable tanto al Derecho penal de adultos como al de menores, razón por la cual contamos con bastantes estudios que se han centrado en este último ámbito. En la actualidad, el tratamiento penal que se proporciona a los infractores juveniles no parece ser noticia, al menos no está en el foco del debate. Sin embargo, el Derecho penal juvenil ha constituido una de las materias más controvertidas en nuestro país¹⁸, en atención al debate global y a la repercusión mediática que suscitó tanto la elaboración y la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España, como sus posteriores reformas¹⁹. Sobre este tema, Díez Ripollés llegó a decir en el año 2013 que «las modificaciones legislativas que han tenido lugar en el Derecho penal de menores nos permiten descubrir unos resultados equivalentes a los del Derecho penal de adultos, si no más contundentes».

¹⁶ Véanse, entre otros estudios, AIZPURÚA GÓNZALEZ, E., «Delimitando el punitivismo. Las actitudes de los españoles hacia el castigo de los infractores juveniles y adultos», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2015, 13; FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Valoración ciudadana del castigo juvenil. Barómetro Observatorio de la Actividad Judicial 2012», en *La Ley*, 7944, 2012; TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», en *Revista General de Derecho Penal*, 27, 2017; VARONA GÓMEZ, D., «Opinión pública y castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas en España», en Moró, F., Agustina, J. R., Medina, J. E. y Summers, L. (coords.), *Crímen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Ed. Dykinson, 2015, pp.711 ss.

¹⁷ VARONA GÓMEZ, D.: «Derecho penal democrático y participación ciudadana», *op. cit.*, p. 8.

¹⁸ GARCÍA RIVAS, N., «Aspectos críticos de la legislación penal del menor», en *Revista penal*, 16, 2005.

¹⁹ TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*, p. 5.

A continuación, se realiza una revisión de las evidencias más relevantes en este campo de estudio, que, interesa reseñar, han sido recogidas con diferentes propósitos de investigación y a través de variados enfoques metodológicos, intentando ir más allá de las opiniones estereotipadas para identificar o profundizar en los factores y significados que las caracterizan.

1. (Des)Información y medios de comunicación

De entrada, uno de los datos más polémicos que han arrojado los estudios que engloban esta línea de investigación es que ciertamente la opinión pública se muestra crítica, pero, a su vez, desinformada y explícitamente ignorante en lo relativo a la dimensión del fenómeno de la delincuencia –juvenil y adulta–. La evidencia acumulada muestra que las personas que participan en ellos, aun cuando revelan no conocer el tratamiento penal en cuestión, parecen no dudar en señalar que las leyes o la justicia, en general, es *blanda* con los delincuentes²⁰. Por esto, se ha hecho énfasis en que estos temas se valoren a través de la opinión de un público informado²¹. Con más motivo después de que se haya advertido que tener conocimientos previos sobre el particular atenúa las malas concepciones acerca del sistema de justicia. De hecho, varios estudios han constatado que las personas con formación académica son menos rigoristas²². Y que, en cualquier caso, el aporte de información puede moderar las demandas rigoristas de las personas, incluso promover su cambio. Por ejemplo, Varona Gómez, mediante una investigación inspirada en la *encuesta deliberativa*, en la que pudo valorar las opiniones de una muestra de ciudadanos *antes* y *después* de aportar información sobre las cifras de criminalidad, el sistema de Justicia Penal, etc., halló un cambio significativo de opinión respecto a estos temas. Uno de los datos que más impacto tuvo en dicho cambio fue «ver

²⁰ FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P., «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12 (8), 2010; VARONA GÓMEZ, D., «Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española», *op. cit.*; POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./CARO CABRERA, M./LÓPEZ MENCHÓN, A., «Grados y rasgos de la demanda de castigo penal. Actitudes punitivas en la población andaluza», *op. cit.*

²¹ AIZPURÚA GÓNZALEZ, E./FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Información, ¿Antídoto frente al «populismo punitivo»?», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 2011;

²² CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020.

que la Justicia Penal es más estricta de lo que pensaba/mejor concepción justicia»; también les influyó el hecho de tener más información (general), o ver que «no hay tanta delincuencia como se ve en las noticias»²³.

Efectivamente, en los estudios que pulsan tales actitudes a través de cuestionarios, las noticias o los medios de comunicación son señalados como la fuente de información preferente sobre estas cuestiones²⁴. Y en un estudio cualitativo que realicé con el propósito de analizar las opiniones públicas hacia delitos juveniles que han causado *alarma social* pude advertir que, tal como suponen y discuten los académicos al respecto, algunas personas traen a colación casos mediáticos (del momento) para elaborar y fundamentar opiniones punitivistas respecto al castigo de quienes cometen delitos de tal gravedad, sean menores o adultos. Ahora bien, otras cuestionan o directamente dicen no dar crédito a la información que difunden los medios, en particular, quienes tienen más conocimiento sobre estos asuntos. Las opiniones de estos, en términos generales, pueden caracterizarse como más racionales²⁵.

2. Factores y creencias que inciden en las actitudes punitivas

Relevantes son, a su vez, las evidencias que descubren cuáles son los factores personales que inciden en las actitudes más o menos rigoristas. Los estudios han señalado el sexo y la edad como predictores débiles de este tipo de actitudes²⁶. Cabe decir, sin embargo, que un estudio reciente sobre las actitudes punitivas en la población andaluza ha advertido que las opiniones de unos y otras sí muestran diferencias significativas en relación con la política criminal hacia los delitos sexuales y

²³ VARONA GÓMEZ, D., *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Ed. Marcial Pons, 2016. En relación con estudios que han utilizado este método, la *encuesta deliberativa*, véase también Marteache solans, N./Martínez garcía, M./Pérez ramírez, M., «Comparación entre opinión pública y “opinión pública meditada” en relación a la delincuencia sexual», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7 (8), 2010.

²⁴ Entre otros, véanse AIZPURÚA GÓNZALEZ, E./FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Información, ¿Antídoto frente al «populismo punitivo»?», *op. cit.*; CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Evolución del miedo al delito y del punitivismo en la población universitaria española a partir de una muestra de estudiantes de Derecho», *op. cit.*, p. 21.

²⁵ TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*, p. 39.

²⁶ En particular, porque los datos no son concluyentes. Sobre este tema, véase AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., «Delimitando el punitivismo. Las actitudes de los españoles hacia el castigo de los infractores juveniles y adultos», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 13, 2015.

en lo que se refiere a las penas estipuladas para algunas categorías delictivas; en estos casos, como era de esperar, las mujeres se muestran más rigoristas²⁷. De cualquier forma, las opiniones estudiadas parecen estar mediadas en mayor medida por otras creencias y factores de índole ideológica, y, principalmente, por las variables que informan del tipo y las circunstancias del delito, que serían los predictores más importantes de las actitudes punitivas.

En tal sentido, los estudios españoles han comprobado que el público presenta mayormente una visión social del origen de la delincuencia²⁸, puesto que el factor causal más subscrito, tanto para la delincuencia adulta como para la juvenil, alude a variables socioeconómicas, por encima de otros que la presentan como una elección racional o una deficiencia psíquica del sujeto delincuente. Aunado a esto, se ha descubierto que aquellos que suscriben estas últimas variables tienden a preferir penas más severas, y que la creencia relativa a que las personas pueden o no cambiar también afecta a esta predisposición rigorista²⁹.

Asimismo, se ha advertido que las variables personales que se relacionan de forma significativa con los ciudadanos más punitivistas están vinculadas con la ideología conservadora; esto es, quienes se adscriben a una ideología de derechas demandan penas más severas en general³⁰. Es más, un estudio actual que adopta una perspectiva psicosocial para analizar las actitudes hacia la *prisión permanente revisable* y el autoritarismo³¹, ha confirmado que éste está relacionado con una actitud favorable ante esta pena, «evidenciándose esta relación en especial en una posición política de extrema derecha». Al mismo tiempo, ha comprobado que esto está relacionado con un menor «activismo en defensa de los derechos de vida»³².

²⁷ POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./CARO CABRERA, M./LÓPEZ MENCHÓN, A., «Grados y rasgos de la demanda de castigo penal. Actitudes punitivas en la población andaluza», *op. cit.*, p. 14.

²⁸ FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P., «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad», *op. cit.*; VARONA GÓMEZ, D.: «Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española», *op. cit.*

²⁹ TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*

³⁰ FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P., «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad», *op. cit.*; TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*; VARONA GÓMEZ, D., «Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española», *op. cit.*

³¹ FERNÁNDEZ LORENZO, C./MORAL JIMÉNEZ, M., «Actitudes hacia la pena de prisión permanente revisable y su relación con el autoritarismo», en *Apuntes de Psicología*, 37, 2019.

³² Interesa señalar que en el contexto internacional hay bastantes evidencias que adscriben las demandas punitivas a una concepción ideológica conservadora, caracterizada por el autoritarismo. Dentro de este grupo de estudios también se ha comprobado que, en cuanto a los valores

En otro sentido, en lo que concierne a las variables instrumentales, que hacen referencia a la experiencia de victimización, la hipótesis que más sostiene la literatura es que ésta no predice la actitud punitiva, aun cuando algunos estudios sugieren que sí la determina. Ante estos datos discordantes, Aguilar Jurado³³ sugiere que algunas víctimas podrían ser más punitivas que otras, teniendo en cuenta el crimen sufrido y poniendo el caso de las víctimas de delitos sexuales.

3. *Preferencias públicas hacia el castigo de los casos más o menos graves*

Donde sí existe un destacado conjunto de evidencias es en el tema de las preferencias públicas hacia el castigo penal de los delincuentes, pues, con especial interés, los estudios españoles han intentado ahondar en las opiniones de los ciudadanos en lo que se refiere a las penas y medidas a imponer, teniendo en cuenta el tipo y las circunstancias del delito y el sujeto infractor. Mayoritariamente esta indagación se ha hecho a través de la *técnica del caso escenario*, que es considerada como una de las estrategias cuantitativas más eficaces para valorar las preferencias ciudadanas hacia la severidad de las penas. Como han evidenciado Hough y Roberts³⁴, las preguntas más generales pueden revelar el desencanto del público, pero son un mal test para conocer si a ojos de la ciudadanía realmente se están enjuiciando ciertos casos del modo correcto. El resultado es que la gente se muestra mucho más punitivista cuando se pregunta por una cuestión general que por un caso concreto. Según lo dicho, los ciudadanos no están bien informados y desconocen bastante cómo se aplican las leyes penales, y las preguntas generales se suelen responder teniendo en cuenta estereotipos y/o pensando en los casos más graves que han trascendido a la opinión pública. Así pues, mediante esta técnica se busca identificar las actitudes más internas del sujeto frente a las opiniones más estereotipadas, situando a las personas

convencionales y los sentimientos morales de los individuos, los pensamientos prosociales como el respaldo al concepto de igualdad de las personas, la compasión o la empatía caracterizarían a los sujetos menos punitivos. En nuestro contexto falta profundizar en estos aspectos. Véase, en tal sentido, la revisión realizada en TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*

³³ AGUILAR JURADO, J. A., «Aproximación al análisis de las actitudes punitivas», *op. cit.*, p. 13.

³⁴ ROBERTS, J. V/HOUGH, M., *Youth crime and youth justice: Public Opinion in England and Wales*, Ed. Policy Press, 2004.

en el rol de juzgar determinadas situaciones delictivas, que incluyen información sobre la naturaleza de los hechos y/o las características psicosociales del delincuente³⁵.

Los estudios que la han empleado han puesto de manifiesto que los ciudadanos se decantan por las penas alternativas, tanto en los casos que describen delitos cometidos por adultos como por menores. No obstante, también han podido advertir que tal apoyo depende en gran medida de la naturaleza del delito, ya que conforme incrementa la gravedad del tipo delictivo aumenta la elección de penas de privación de libertad. Pese a ello, se precisa que esta preferencia por una respuesta más severa en estos delitos no parece ser indicativa de que se apoye exclusivamente un fin retributivo de la intervención penal (al menos no en todos los casos), al observar, a su vez, un amplio respaldo hacia el propósito educativo respecto a los menores infractores, y hacia la reinserción en referencia a los adultos, e incluso posturas que valoran otras penas no privativas de libertad en tales supuestos graves o violentos³⁶.

Es más, contamos con un estudio que, utilizando esta técnica, ha podido observar los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas hacia la *prisión permanente revisable*³⁷. Aplicada esta estrategia a un supuesto de asesinato múltiple, los principales resultados apuntan a que los sujetos que reciben la información desde la perspectiva del actor son menos retributivos y apoyan menos esta pena que los que han analizado la información desde la perspectiva de un observador. Unos resultados que vienen a corroborar las sospechas de estos (y otros) investigadores sobre los resultados de los sondeos publicados en los medios acerca de este tema, que están *sesgados* en la medida que no se capta la complejidad de las opiniones en cuestión, y que vienen determinadas por la forma en la que se presente la información.

Considerando lo anterior, en el estudio de estas actitudes también es importante utilizar métodos cualitativos con el fin de conocer no solo lo que la gente opina, sino *por qué opina así*. Esto se logra a partir de

³⁵ FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P., «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad», *op. cit.*

³⁶ BAZ CORES, O./AIZPURÚA GÓNZALEZ, E./FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Factores explicativos de las actitudes hacia el castigo juvenil. Evidencias de un diseño factorial», en *Política y Sociedad*, 52 (3), 2015; FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P., «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad», *op. cit.*; TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *drama social*», *op. cit.*; VARONA GÓMEZ, D., «Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española», *op. cit.*

³⁷ GÓMEZ BELLVÍS, A. B./FALCES DELGADO, C. E., «Los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas: el caso del apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable», en *Revista Electrónica de Criminología*, 1, 2019.

diversas técnicas tales como la entrevista, los grupos focales o de discusión, entre otras, que permiten observar cómo se elaboran, argumentan y justifican estas opiniones y juicios, así también las creencias y experiencias que subyacen tras ellas. Como asimismo pude observar en el estudio antes referenciado, realizado mediante *grupos focales*, en torno a los crímenes juveniles más graves y *alarmantes* convergen posturas retributivas, moderadas y también (muy) garantistas, en atención principalmente a los significados y fines que se atribuya al castigo, al orden social, el origen de la delincuencia, el comportamiento delictivo...³⁸.

En definitiva, prácticamente todos los estudios en la materia apuntan que las opiniones estudiadas son variadas y dúctiles; dicho de otro modo, pueden ser tan diversas como casos se presenten y opiniones se recaben. De modo que definir de forma categórica a la opinión pública como punitivista es una forma simplista de abordar la situación.

No quiero concluir sin hacer una breve referencia a la sociología del castigo, pues la interpretación de la opinión pública hacia él no se agota con la aproximación jurídico-penal. Los operadores jurídicos, y los medios, tienden a ubicar tales opiniones en la preferencia hacia una determinada demanda punitiva o inclusive en un rango de penas que, como se ha señalado, el grueso de la ciudadanía desconoce. Y dejan de lado lo que la institución del castigo significa desde la perspectiva social, esto es, la pluralidad de caras con que el problema de la penalidad emerge como fenómeno social: pena y economía política, pena y moral y solidaridad sociales, pena y comunidad, entre otras³⁹. Ya a fines del siglo XIX, Durkheim⁴⁰ sostuvo que el alma de la pena está constituida por la pasión, que es la que dirige una reacción social más *emocional* que penal; con lo cual, mientras las sanciones existentes parezcan transmitir un efecto punitivo acorde con la sensibilidad imperante hay poco interés moral acerca de los detalles de la aplicación del castigo.

Sea como fuere, todas las perspectivas –penal, criminológica y social– apelan a que dichas reacciones sociales sean valoradas con la necesaria cautela y calma. Según las evidencias expuestas, la ciudadanía lo que necesita es información, no endurecimiento de las penas; información general sobre los propósitos, principios y garantías que forman

³⁸ TARANCÓN GÓMEZ, P., «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan *alarma social*», *op. cit.*

³⁹ DE SOUSA DE ALMEIDA, D., «La multidimensionalidad de la pena en la sociología del castigo: una perspectiva más allá de la ciencia penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 2016, pp. 79 ss.

⁴⁰ Para un estudio completo de este y otros autores referentes en la materia, véase GARLAND, D., *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social*, Ed. Siglo XXI Editores, 1990.

parte de la maquinaria penal, los índices de criminalidad, o puntual sobre el contexto o la aplicación y ejecución de las penas en esos casos más polémicos, etc. El tratamiento penal de determinadas tipologías delictivas puede requerir cambios o mejoras, no solo con relación a las penas sino también en lo referente a las medidas de prevención, el sistema penitenciario, etc. Ahora bien, los ciudadanos han de saber, entre otros muchos temas, que nuestro sistema punitivo no es precisamente *blando*.

Arroyo Zapatero concluyó el aludido artículo⁴¹ realizando una serie de propuestas dirigidas a rebatir el partidismo y la manipulación política y de los medios, advirtiendo, por lo demás, que «los augurios no parecían favorables en esos finales de 2014». Tampoco parecen serlo en estos principios de 2021. Lo cual nos insta –a académicos y expertos en el campo– a intensificar nuestros esfuerzos en visibilizar aquellos malentendidos o manejos oportunistas y en transferir tales conocimientos a la sociedad.

⁴¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales», *op. cit.*, p. 26.

SOBRE LA PRETENDIDA «EXCEPCIONALIDAD» DEL DERECHO PENAL

FRANCESCO VIGANÒ*
Universidad Bocconi de Milán

I. Introducción

Todos hemos tenido encuentros que han marcado nuestra existencia. Muchas veces no conocemos el porqué de estos encuentros, o qué hemos hecho para merecerlos. Luis Arroyo Zapatero ha sido, para mí, uno de estos encuentros. Él me llevó consigo al gran continente latinoamericano, donde él es sumamente conocido; y así me introdujo a una realidad para mí hasta ese entonces desconocida, que gracias a él comencé a amar intensamente. Él fue, y sigue siendo, mi maestro en el mundo de habla hispana, sumándose idealmente a mi maestro italiano, el queridísimo Giorgio Marinucci, a quien cada día lamento haber perdido.

A Luis: a la inmerecida amistad y cariño que él tiene hacia mí, a su extensa cultura, a su personalidad genial y a su profundo y vasto conocimiento del derecho penal —una sapiencia desde el interior, como solo puede tenerla quien haya sufrido la experiencia de la cárcel en su juventud— está dedicada esta pequeña reflexión sobre lo que es el *proprium* del derecho penal.

¿Es el derecho penal realmente «excepcional»? En otros términos, ¿es el derecho penal, en su esencia, diferente de toda otra rama del ordenamiento jurídico?

En mi opinión, el derecho penal *ha sido* excepcional, de hecho, tradicionalmente la doctrina penal ha asumido este carácter excepcional, sosteniendo así que derecho penal estaría sometido a principios distintos de los que rigen en el resto del ordenamiento. Sin embargo, trataré de demostrar que este asunto ha perdido, *hoy en día*, su fundamento.

* Este capítulo reproduce en larga medida las reflexiones desarrolladas en un *paper* presentado y discutido en un *webinar* dirigido por Antony Duff y Christoph Burchard en julio de 2020. Las opiniones expresadas aquí únicamente reflejan mi posición, y no necesariamente la de la *Corte costituzionale* italiana, de la cual formo parte desde 2018. Agradezco al Dr. Javier Escobar Veas por su valiosa ayuda en la revisión lingüística del texto en castellano.

II. ¿En qué consiste la «excepcionalidad» del derecho penal? Los asuntos «clásicos»

La narrativa tradicional sobre la «unicidad» del derecho penal destaca dos características esenciales de esta rama del derecho: (i) por un lado, la *dureza* especial de sus sanciones, que afectan los derechos fundamentales pertenecientes a la propia existencia de la persona –la vida, el cuerpo, la libertad–; (ii) y, por otro lado, el significado especial de estas sanciones, que incorporarían un *estigma* social en relación a la conducta constitutiva de delito¹.

Precisamente debido a estas dos características, las cartas de derechos fundamentales, tanto nacionales como internacionales, han siempre otorgado al derecho penal, y al proceso penal, un *estatus especial* desde el punto de vista de las *garantías* y límites al poder coercitivo del Estado, lo que podríamos considerar como un tercer rasgo especial del derecho penal (iii).

Analicemos un poco más cerca cada una de estas tres características especiales.

1. *Dureza de las sanciones*

La primera característica, sobre la cual todos parecen estar de acuerdo, es el impacto particularmente grave que las sanciones penales tienen sobre los derechos fundamentales de la persona afectada, impacto que alcanza su máximo nivel cuando la sanción a imponer es la pena de muerte o de prisión perpetua, los arquetipos de las sanciones penales.

Ahora bien, tanto en Europa como en Latinoamérica, el horror de la pena capital pertenece al recuerdo de épocas pasadas, aunque su abolición sea relativamente reciente en muchos países (comenzando por España y la misma Francia, patria de los derechos «del hombre y del ciudadano»). Pero incluso en Europa y Latinoamérica la prisión sigue siendo la pena *par excellence*, a menudo en la forma más cercana a la pena de muerte, representada por la prisión perpetua: una sanción que,

¹ Véase por ejemplo ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, V ed., Ed. Beck Verlag, 2020, p. 23. La pena criminal es definida por estos destacados autores como medida que reacciona a una conducta puesta en obra en el pasado, causando un *sufrimiento* particularmente agudo –que afecta bienes innatos del individuo, como la vida y la libertad, y no solo bienes «socialmente adquiridos» como la propiedad–, y basándose sobre una *censura social* contra aquella conducta. En el mismo sentido, en la literatura anglosajona, RISTROPH, A., «An Intellectual History of Mass Incarceration», en *Boston College Law Review*, 60 (2019), pp. 1949-2010.

en varios ordenamientos jurídicos, puede ser *realmente* perpetua, sin ninguna posibilidad para el condenado de recuperar su libertad².

Un rasgo esencial de este núcleo de sanciones criminales es el intenso *sufrimiento* causado al condenado, un sufrimiento que afecta directamente su dimensión *corporal*. El mismo hecho que el Estado –o sea, la institución creada precisamente con la finalidad de reducir y controlar la violencia intersubjetiva entre los ciudadanos– cause deliberadamente este sufrimiento requiere una justificación fuerte, mucho más robusta de la que se exige para justificar otras medidas que afectan derechos menos «existenciales», o que provocan menor sufrimiento.

2. Estigmatización

Un poco menos obvia, pero también generalmente compartida por la doctrina, es la idea según la cual las sanciones penales serían únicas, debido a su carácter «*expresivo*». La sanción penal sería diferente de toda otra sanción, se argumenta, porque manifiesta un *estigma social*: un juicio solemne de reproche de la conducta delictiva, expresado a través de la pena por la sociedad en su conjunto. Otro tipo de sanciones, como la reparación civil, o la orden administrativa de demoler un edificio ilegal, no parecen poseer este carácter. Y ese reproche social –que muchos penalistas, sobre todo en el ámbito cultural anglosajón, conciben como condena «moral»– es pensado como algo que afecta profundamente el estatus moral de la persona al interior de la comunidad. Esto también requiere una justificación especial.

El estigma implícito en la pena –mejor dicho, en la condena penal *en cuanto tal*, con independencia de la actual imposición de un castigo que cause un sufrimiento actual– tiene, a su vez, múltiples explicaciones.

En primer lugar, generalmente se asume que el estigma especial involucrado en la pena deriva primariamente de la naturaleza del mal

² Por ejemplo, así sucede en el Reino Unido, respecto a la cadena perpetua acompañada por un *whole life order*, a menos que el *Home Secretary* otorgue al condenado una liberación por *compassionate grounds* (véase, en esta materia, TEDH, sentencia de 3 de mayo 2015, *Hutchinson v UK*). En Italia, cada condenado a cadena perpetua tiene en principio acceso a la libertad condicional después de 26 años de prisión. Sin embargo, muchos condenados a prisión perpetua por delitos relacionados, entre otros, con terrorismo o criminalidad organizada no pueden acceder a la libertad condicional, a menos que «cooperen» con la fiscalía o la policía en investigaciones llevadas a cabo en contra de sus cómplices u organizaciones criminales de pertenencia. Esto implica que, en caso de que se nieguen a cooperar con la justicia, estos condenados sí pueden concretamente pasar su vida entera en la cárcel.

(*harm*, en la terminología anglosajona) causado por el delito³. La identificación precisa de este mal depende, naturalmente, de la teoría general del delito de cada autor. Una teoría compartida por muchos autores –en Italia, España y Alemania, antes que nada– afirma (*a*) que la criminalización es legítima en cuanto se refiera a conductas que lesionen o pongan en peligro intereses socialmente relevantes (bienes jurídicos), los cuales existen con independencia de la propia criminalización, y que no se agotan en meros valores morales, tabúes, sentimientos o vagos requerimientos de *fairness* en las relaciones intersubjetivas. Estos últimos pueden, en cambio, constituir un objetivo legítimo de tutela para sanciones no penales⁴. Además de lo anterior, (*b*) la criminalización es legítima en cuanto sea demostrablemente necesaria para proteger estos intereses, en cuanto otras sanciones menos intrusivas sean insuficientes para lograr los objetivos y exigencias de tutela (principio de *ultima ratio*, o subsidiariedad)⁵. Otros autores, sobre todo en el mundo anglosajón, prefieren subrayar la importancia de los valores protegidos por el derecho penal y sus elecciones de criminalización, insistiendo en el carácter imprescindible de éstos para cimentar la coexistencia pacífica en una determinada sociedad. La idea subyacente a este razonamiento es que la comisión de una conducta que niega estos valores requiere que se comunique a la sociedad un mensaje en sentido contrario, capaz de señalar públicamente el carácter erróneo de aquella conducta, reafirmando al mismo tiempo el valor en cuestión⁶.

Por otra parte, incluso aquellos autores –como la mayoría de los penalistas continentales– que ven en la protección de los bienes jurídicos, en su dimensión objetiva, la finalidad esencial del derecho penal, están de acuerdo en que la sanción penal necesariamente requiere un elemento *subjetivo*: eso es, dolo o culpa, *más* la ausencia de situaciones anormales (como el error de prohibición, el trastorno mental, el miedo insuperable y otras causas de exculpación) que pueden afectar la capacidad del autor de reconocer el carácter injusto del hecho y/o de actuar conforme a ese reconocimiento. En otras palabras, la responsabilidad penal –con todas sus consecuencias asociadas– debe ser excluida cuando el autor no era subjetivamente reprochable, o al menos no era *sufi-*

³ RISTROPH, *op. cit.*, p. 1954 habla en este contexto de «subject-matter exceptionalism».

⁴ Para un extenso análisis de la doctrina del *Rechtsgüterschutzprinzip* en Alemania, véase ROXIN/GRECO, *op. cit.*, p. 26-62.

⁵ ROXIN/GRECO, *op. cit.*, pp. 86-90.

⁶ Véase, por ejemplo, DUFF, A., «Criminal Law and the Constitution of the Civil Order», en *University of Toronto Law Journal*, 70, Suppl. 1 (2020), pp. 4-26.

cientemente reprochable, a efectos de fundamentar una condena pública. Ninguno de estos requisitos es condición imprescindible para la imposición de *otras* sanciones, que no suponen necesariamente la *culpabilidad* del autor.

Pero hay más. El estigma asociado a la condena penal –en el sentido de una solemne reafirmación de la ilicitud objetiva de la conducta pasada, y de expresión de un reproche personal al autor– es típicamente expresado al cabo de un procedimiento legal y público, que posee un alto grado de *ritualidad*. De hecho, el proceso es estructurado, y visivamente representado, como un evento público designado para *sanar* la herida causada a la sociedad y a la víctima individual. Este ritual –que tiene mucho en común con un rito religioso, aunque llevado a cabo en nombre no de Dios, sino «del pueblo»– tiene una connotación hierática, desconocida a otras formas de procedimientos finalizados a la aplicación de sanciones no penales, que se desarrollan en una manera mucho más informal, generalmente sin necesidad de una audiencia pública (al menos cuando se trate de sanciones administrativas).

3. *Estatus constitucional especial*

Los rasgos especiales de la pena criminal hasta aquí mencionados requieren, según parece, un estatus constitucional especial, para poner límites estrictos al poder punitivo estatal. El reconocimiento de este estatus se basa, con toda probabilidad, en la conciencia –derivada de las experiencias trágicas de la historia, desde la época de Sócrates y Poncio Pilato, hasta el «tribunal de la raza» en la Italia fascista o el «tribunal del pueblo» en la Alemania nazista– de que los abusos más atroces cometidos por quienes detentan el poder en contra de sus opositores muchas veces no se materializan a través de asesinados secretos, torturas o desapariciones forzadas; sino que mediante procesos penales formales, a fin de dotar de una cierta legitimidad a lo que, de otra forma, aparecería como una expresión pura de violencia y prevaricación.

Los límites constitucionales al *ius puniendi* incluyen, antes que nada, un *principio de legalidad* más estricto del que rige en otras ramas del sistema jurídico, que también tienen capacidad para afectar derechos individuales. El *nullum crimen, nulla poena sine lege* es entendido aquí como una prohibición absoluta de aplicación retroactiva de nuevas normas, lo cual, en cambio, está permitido, al menos en cierta medida y bajo ciertas condiciones, en otros sectores del derecho. Además, el

principio de legalidad en materia penal requiere un alto grado de *precisión* en la definición de los tipos penales, para reducir la discrecionalidad de los jurados y de los tribunales, para exaltar el rol de los parlamentos democráticamente legitimados –en cuanto representantes de la «voluntad general»– en la definición del ámbito de lo penalmente relevante, así como para garantizar al ciudadano la previsibilidad de las posibles consecuencias de su conducta. Finalmente, muchos sistemas jurídicos, además, interpretan de manera restrictiva el concepto de «ley» (*lex*), excluyendo así toda posibilidad de que la legislación secundaria y la jurisprudencia puedan introducir nuevos tipos delictivos, o ampliar el ámbito de aplicación de los tipos existentes.

Otro grupo de límites constitucionales contenidos en toda carta de derechos –comenzando al menos por la *Bill of Rights* inglesa de 1689– se refiere a la *prohibición de ciertas tipologías de pena*: de las penas «cruelles e inhumanas» en las cartas más antiguas, acompañadas por la prohibición de «multas excesivas» y/o de la confiscación de la totalidad de los bienes del condenado y de su familia, así como –a partir de la segunda mitad del siglo xx– de la pena de muerte o, en general, de penas (manifiestamente) desproporcionadas⁷. Algunas constituciones nacionales (como la italiana y la española) establecen, además, un mandato positivo al legislador, a los actores judiciales y a las autoridades penitenciarias, según el cual la pena, además de otras finalidades legítimas, debe necesariamente perseguir la *resocialización* de los condenados.

Last but not least, cada constitución –a partir de las más antiguas– incluye normas sobre garantías procedimentales en materia penal. Estas garantías operan ya desde el inicio de las investigaciones que pueden dar lugar al ejercicio de la acción penal y a una condena, limitando los poderes de la policía para registrar lugares, incautar objetos e interceptar comunicaciones. Los poderes de detener y mantener a una persona en prisión preventiva están sometidas a controles de *habeas corpus* de naturaleza judicial, y el sospechoso tiene varios derechos procesales durante la investigación, comenzando por su «derecho a guardar silencio» hasta su derecho de contar con asistencia letrada. Además, toda una serie de *fair trial rights* asisten al imputado durante el proceso, garantizándole una posibilidad efectiva de defenderse y minimizando el riesgo de una condena injusta.

⁷ Véase sobre eso, en la doctrina de lengua española, el documentado estudio de MÍNGUEZ ROSIQUE, *Penas crueles e inusuales*, Atelier, 2020.

No obstante todo esto, existe un aspecto del estatuto constitucional del derecho penal que ha sido notablemente *menos efectivo* en la práctica, en comparación con otras ramas del derecho. Las decisiones de criminalización efectuadas por los legisladores, en conformidad con los requisitos del *nullum crimen*, así como las elecciones de las penas para las conductas criminalizadas –siempre que no alcancen el nivel de «crueldad» o de «desproporcionalidad manifiesta»– se han quedado, en general, inmunes al control de constitucionalidad, incluso en ordenamientos donde los tribunales suelen ejercer un robusto *judicial review* de la legislación en otras ramas del derecho. Durante mucho tiempo, la idea subyacente ha sido que la decisión sobre *cuáles* conductas criminalizar, y *qué* pena imponer, es esencialmente una decisión *política*, que los tribunales deben, en principio, respetar –esto es lo que los tribunales opinaban hasta un pasado muy reciente, recusándose entonces de entrar a considerar cuestiones de proporcionalidad de las decisiones del legislador en esta materia.

III. Cuestionando los asuntos tradicionales

Sin perjuicio de lo anterior, las tres características especiales mencionadas –dureza, estigmatización, estatus constitucional–, que deberían otorgar al derecho penal su carácter «excepcional», pueden ser cuestionada a la luz no de una imagen ideal del derecho penal –cómo el derecho penal *debería ser*–, sino que considerando lo que el derecho penal es en la realidad contemporánea.

1. *¿Es cierto que las sanciones penales son siempre más severas que aquellas impuestas en otros sectores del ordenamiento jurídico?*

No hay ninguna duda que las sanciones criminales tienen un potencial mayor de afectar la esfera más íntima de los derechos humanos básicos, como la vida, la integridad corporal, la libertad personal; y que estas consecuencias pueden ser, efectivamente, dramáticas para la persona condenada. Sin embargo, al menos dos consideraciones reclaman una matización de la idea de la mayor «dureza» de las sanciones penales en comparación con las demás sanciones.

Por un lado, no toda sanción penal causa un impacto tan dramático en la persona condenada⁸. De hecho, una parte importante de las penas impuestas en muchos sistemas penales no implican privación de libertad. Solo dos ejemplos: en Alemania, la gran mayoría de las penas consiste en multas; y en Italia –donde las multas también se imponen en un amplio número de casos pero, curiosamente, nunca se hacen cumplir– las penas privativas de libertad de hasta cuatro años impuestas a personas sin condenas previas son normalmente suspendidas o, en los casos más graves, remplazadas por otras medidas menos severas, como órdenes de control o trabajos en beneficio de la comunidad. Por supuesto, multas y sanciones pecuniarias administrativas son diferentes en cuanto a la posibilidad de que las primeras sean convertidas en sanciones privativas de libertad; pero esa posibilidad es de inusual aplicación práctica. De esta forma, el impacto de la multa penal para la persona condenada acaba por no ser diferente de otras sanciones pecuniarias, incluso la indemnización civil.

Por otro lado, en las últimas décadas el impacto de las sanciones no penales sobre los derechos fundamentales ha ido creciendo en todo el mundo. Basta recordar el impacto sobre el bienestar individual y la calidad de vida de ciertas formas de *decomisos* administrativos o civiles, que tienen hoy en día, en muchos sistemas jurídicos, la capacidad de sustraer al afectado todos sus bienes, cada vez que un tribunal –bajo un estándar de prueba civil– considere que esos bienes han sido instrumentales para, o derivan de, la comisión de delitos, los cuales no son acreditados en un proceso penal. Se puede también pensar en la intensidad de las restricciones a la libertad personal impuestas por una *civil injunction* decretada por un juez inglés con el fin de prevenir la comisión futura de delitos por la persona afectada –ejemplos semejantes se pueden encontrar en cada ordenamiento. Y eso sin olvidar las medidas no penales que sencillamente priven la persona de su libertad personal, como la *detención administrativa* de extranjeros durante el procedimiento de expulsión, o las formas de *detención preventiva* de personas peligrosas, que varios Estados han introducido en sus sistemas legales, a menudo sin que sea necesaria una condena penal previa; y sin olvidar, tampoco, el dramático impacto de ciertas medidas del *derecho de familia*, que protegen el mejor interés del niño separándolo de sus padres, afectando así el núcleo mismo del derecho a la vida familiar de todas las personas involucradas.

⁸ BURCHARD, C., *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, Ed., Vittorio Klostermann, 2019, p. 42.

Todas estas medidas causan a la persona afectada un sufrimiento agudo –exactamente como las penas más duras. Además, muchas de estas medidas comparten con las sanciones penales una auténtica finalidad «punitiva», en términos de intimidación, incapacitación y, quizás también, retribución, pues infligen un sufrimiento *en respuesta* a un hecho injusto.

2. ¿Es la estigmatización realmente una característica esencial de las penas?

En cuanto a la función «expresiva» del derecho penal, el estigma especial que tradicionalmente se asocia a la condena penal se encuentra muchas veces debilitado por varios factores.

Para empezar, la realidad de los sistemas penales es muy lejana de la imagen ideal de un derecho penal «nuclear», que solo debería ocuparse de los crímenes más graves que afectan los derechos fundamentales de la persona y las condiciones básicas para la paz social. Primero, los delitos regulatorios y los *petty offences* han jugado siempre un gran rol en la administración concreta del derecho penal, en cada tiempo y lugar –un hecho que muchos autores no valoran suficientemente⁹. Segundo, hay que considerar los *trends* legislativos recientes que, en todo el mundo, criminalizan actos meramente *preparatorios*, mucho más allá de la tentativa o de la misma conspiración, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos que causen efectivamente un resultado de lesión, especialmente cuando se trata de la lucha contra el terrorismo o la criminalidad organizada. Estas tendencias parecen debilitar la idea misma de un derecho penal como *respuesta* pública y solemne a la causación de *lesiones* a los bienes jurídicos, y cargan en cambio al derecho penal de tareas *policiales*, considerando la sanción (¡y la misma prisión preventiva!) como instrumento de pura incapacitación de una criminalidad *futura*, en detrimento del tradicional carácter *backwards-looking* del derecho penal, orientado hacia el daño ya cometido por el autor *en el pasado*.

Aún más, la idea de estigma –y la asunción subyacente de un fortalecimiento de los valores colectivos, realizado a través de la condena pública del autor de un delito que haya negado estos valores– se diluye cuando se considera el número importante de condenas que, en todo

⁹ Así, correctamente, RISTROPH, *op. cit.*, p. 1965.

sistema jurídico, no son impuestas al cabo de un proceso público, sino que son *negociadas*, a puertas cerradas, entre la fiscalía y los abogados de la defensa. La condena no comunica, aquí, ningún mensaje al público, sencillamente porque el público no sabe nada, o sabe muy poco, de lo que ha en realidad ocurrido detrás de aquellas puertas.

3. *¿Tiene realmente el derecho penal un estatuto constitucional especial?*

Finalmente, en los últimos años algo ha cambiado incluso respecto a la pretendida excepcionalidad del derecho penal desde el punto de vista *constitucional*. Según veo, la tendencia dominante aquí es la de una «normalización»¹⁰ de la relación entre derecho penal y constituciones (o cartas de derechos humanos).

En primer lugar, hay un *trend* en las jurisprudencias comparadas, tanto nacional como internacionales, en el sentido de extender las garantías y los principios establecidos para el derecho penal a aquellas medidas administrativas y civiles que comparten el mismo carácter «punitivo» de las sanciones *formalmente* calificadas como penales. Esta extensión tiene lugar, como es bien sabido, conforme a los criterios desarrollados por cada tribunal a este efecto, como los criterios *Engel* y *Kennedy* en las jurisprudencias del TEDH y de la Corte Suprema de EEUU, respectivamente. Estos desarrollos muestran un consenso comparado creciente sobre la idea que lo que caracteriza una sanción «punitiva» es su lógica *reactiva* a una violación reprochable de la ley cometida en el pasado, junto a su *impacto en los derechos fundamentales* del afectado, cuya legitimidad tiene que ser comprobada por los tribunales, con independencia de la clasificación formal que el legislador haya querido otorgar a la sanción.

Desde un punto de vista diferente, la discrecionalidad del legislador al momento de decidir cuáles conductas criminalizar y cómo sancionarlas empieza hoy en día a ser sometida a un verdadero *control judicial*, especialmente cuando se trata de normas penales que afectan derechos y libertades fundamentales. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con las recientes decisiones de las Cortes constitucionales italiana y alemana, las cuales han declarado, si bien de manera diversa, la inconstitu-

¹⁰ BURCHARD, C., «Strafverfassungsrecht-Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff», en *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, ed. Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Nomos Verlag, 2016, p. 37.

cionalidad de aquellas normas relativas al delito de auxilio al suicidio¹¹. Ahora, en relación a la intensidad de las penas, la Corte constitucional italiana, superando aquí también la deferencia tradicional hacia el legislador respecto a *qué* y *cuánto* penar, ha declarado la inconstitucionalidad de ciertos marcos sancionatorios establecidos para determinados delitos, como por ejemplo ocurrió con el tráfico de drogas, por ser desproporcionadas las penas previstas en relación a la gravedad del delito.

IV. Algunas (provisorias) conclusiones

Sobre la base de las anteriores consideraciones, creo que la narrativa tradicional sobre la «excepcionalidad» del derecho penal no sea ya defendible¹².

Esto no quiere decir, por supuesto, que las penas criminales se hayan vuelto menos duras en comparación con el pasado¹³, ni tampoco que sean idénticas a toda otra sanción en el ordenamiento. La prisión y, trágicamente, la pena capital, continúan teniendo un impacto formidabile en la vida de millones de personas en todo el mundo. El *ius puniendi* sigue trabajando como *ius terribile*, si bien no en la forma extrema que tenía en las épocas pasadas.

No obstante, la línea de demarcación tradicional entre sanciones criminales y no criminales se ha difuminado. Es cierto que, desde un punto de vista *normativo* e *institucional*, es todavía posible diferenciar claramente entre las dos categorías: mientras que las primeras únicamente son aplicadas por los actores del derecho penal (fiscalía y tribunales penales), las segundas son aplicadas por otro tipo de autoridades. Sin embargo, desde un punto de vista *material*, muchas sanciones criminales previstas para delitos regulatorios son difícilmente distinguibles de sus homólogos administrativas o civiles, mientras que estas últimas han usualmente adquirido ellas mismas un carácter «punitivo», capaz de afectar profundamente los derechos fundamentales y la calidad de vida de las personas sancionadas.

Frente a esta realidad, muchos penalistas abogan por el regreso a los días gloriosos de un derecho penal «nuclear», y todavía «excepcional».

¹¹ Corte Costituzionale, sentencia núm. 242 de 2019; BVerfG, sentencia del segundo Senat, 26 de febrero de 2020, 2 BvR 2347/15.

¹² Misma conclusión en BURCHARD, *op. cit.*, p. 42.

¹³ Como afirma en cambio KINDHÄUSER, U., «Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 129(2), 2017, pp. 382-389.

Y en cuanto a las nuevas y severas sanciones no criminales, estos autores simplemente las ignoran o las condenan como ilegítimas, en cuanto afectan severamente los derechos fundamentales fuera del único marco jurídico que, en su opinión, es competente para ello: el proceso penal.

Con franqueza, no estoy seguro de que esta sea una buena solución.

Para empezar, los días gloriosos de un derecho penal «nuclear» probablemente *nunca* han existido: la legislación criminal y su administración siempre han estado llenas de delitos de menor entidad, a disposición de las fuerzas de policía para ejercer un control sobre los sectores más vulnerables de la población¹⁴.

Lo que es relativamente nuevo, hay que admitirlo, es la aparición de una nueva generación de sanciones y medidas no penales que afectan los derechos fundamentales de las personas, y que definitivamente merecen más atención por parte de los académicos. De hecho, hay un riesgo importante asociado a la transferencia de sanciones penales a las no penales (administrativas, civiles, etc.): estas últimas otorgan a las agencias estatales un potencial de coerción importante, sin las garantías constitucionales aplicables al derecho penal y al proceso penal¹⁵. Esta es precisamente la razón por la cual estas sanciones no penales se han vuelto tan populares entre los legisladores en todo el mundo.

La doctrina penal, así como los tribunales supremos y constitucionales, deberían, en mi opinión, tomar mayor conciencia de esta realidad. Nos guste o no, la política criminal se desarrolla más y más a través de una multiplicidad de instrumentos, entre los cuales el derecho penal es *una* de las piezas de un *puzzle* más complejo. Además del derecho penal, la política criminal se ejecuta, hoy en día, mediante una variedad de *otras* medidas administrativas y civiles (como el decomiso «civil» o las medidas de control preventivo de conductas antisociales). Algunas de ellas comparten una función auténticamente punitiva; otras tienen pura naturaleza preventiva. Sin embargo, todas estas medidas comparten una misma finalidad: la de reducir la incidencia de conductas criminales en la sociedad; y todas ellas afectan, de manera más o menos dramática, los derechos fundamentales de la persona involucrada.

La respuesta apropiada a esta realidad, para quienes realmente se preocupan por los derechos fundamentales, debería ser entonces un esfuerzo para asegurar y fortalecer una protección efectiva de estos derechos en relación a *toda* medida que los afecte, independiente de si ésta

¹⁴ RISTROPH, *op. cit.*, p. 1960.

¹⁵ ROSEN-ZVI, I./FISCHER, T., «Overcoming procedural boundaries», en *Virginia Law Review*, 94(1), 2008, p. 83.

es penal o no penal. En cuanto a las medidas penales en sentido estricto, un control judicial más intenso es probablemente necesario, a través de una aplicación más generosa de los principios generales –comenzando por la proporcionalidad– que ponen límites al poder estatal, sin renunciar a ejercer este control en nombre de un respeto hacia la naturaleza «política» de las decisiones sobre criminalización y establecimiento de sanciones, como los tribunales solían hacer hasta hace algunos años. Por otro lado, las garantías constitucionales deberían ser extendidas a medidas no penales, especialmente cuando ellas tengan un impacto sobre los derechos fundamentales que sea comparable al producido por las penas, y compartan con las sanciones penales una función materialmente «punitiva».

Quizás la *golden rule* podría ser la siguiente: cuanto más importante sea el derecho afectado por la medida, y cuanto más grave sea la restricción del derecho causada por ella, tanto más alto debe ser el estándar constitucional para justificar esta medida, con independencia de su naturaleza formal.

Después de todo, una protección efectiva de los derechos fundamentales no puede, y no debe, depender de las etiquetas.

EL PENALISMO ILUMINISTA CONTRA EL MERCANTILISMO MONETARISTA

E. RAÚL ZAFFARONI

Profesor Emérito. Universidad de Buenos Aires

Pena de encierro y economía.—La pena privativa de libertad se impuso como columna vertebral del sistema de penas entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, o sea que es hija del *siglo de las luces*. Sería fácil pensar en un puente ideológico con el pensamiento económico y asignar al secuestro o encierro como pena el carácter de cobro de *deuda* (*Schuld*)¹ mediante la *confiscación del trabajo* que el infractor podía ofrecer en el mercado, porque parecen ser dos piezas que ajustan perfectamente.

La idea del secuestro como *confiscación de un valor* compensatoria estaba flotando en todo el clima del pensamiento de la época, lo cierto es que la teoría del *valor por el trabajo agregado* de Adam Smith hubiese sido la que mejor se ajustaba a esa racionalización. No obstante, esa teoría no fue receptada por los filósofos con mayor frecuencia invocados como garantes por los penalistas ni por éstos mismos cuando llegaron a conocer la obra del escocés, puesto que su pensamiento entraba en cierta contradicción con la legitimación del ejercicio del poder punitivo en la sociedad burguesa, tema del que por razones de espacio no podemos ocuparnos aquí².

De todas formas, no puede dejar de llamar poderosamente la atención que los más famosos pensadores del penalismo iluminista y algunos de la posterior tradición liberal fuesen economistas y, más aún, que algunos de ellos dedicasen más esfuerzos a la economía que al derecho penal, al punto que es difícil saber si fueron más penalistas o economistas. En este aspecto, es indispensable señalar que fueron economistas

¹ Como es sabido, *Schuld* puede traducirse como *culpa* o como *deuda*, al igual que el sentido de la palabra *deuda* en la vieja versión de *Padrenuestro*.

² En detalle analizamos las razones de este rechazo en *¿Prisión o confiscación del valor?*, en «Ciencia jurídica», Universidad de Guanajuato, año 1, n.º 19, 2021.

Cesare Beccaria (1738-1794), Gaetano Filangieri (1753-1788), Joseph Freiherr von Sonnenfels (1732-1817), los hermanos Pietro (1728-1797) y Alessandro Verri (1741-1816), Valentín de Foronda (1751-1821) y Pellegrino Rossi (1787-1848).

El penalismo posterior no escudriñó demasiado los escritos económicos de estos autores, tal vez porque se creyó que la economía era para ellos una suerte de curiosidad marginal o una ocupación paralela anecdótica. Pero lo cierto es que tampoco lo hicieron los economistas, porque les deslumbró de tal modo la obra de Smith que todo lo anterior —y lo posterior que se apartaba de él— fue considerado *preclásico* y, por ende, *precientífico*.

Si bien el *Iluminismo* no fue un movimiento ideológicamente homogéneo³, en materia penal era una suerte de frente común contra el sistema de penas del *antiguo régimen* y, cuando ahora echamos un vistazo sobre los escritos de los penalistas economistas, vemos que también en este saber confrontaban con un oponente común que era el *mercantilismo monetarista*. No podía ser de otro modo, porque respondían a la burguesía europea en ascenso y, por ende, debían desbaratar los fundamentos de la economía propia del antiguo régimen y de su respectiva *teoría del valor*. Queda por ver, desde dónde lo hicieron y cómo, sin conocer o rechazando la teoría del *valor por el trabajo* de Smith, igualmente vinculaban su crítica al mercantilismo con la *pena como encierro*.

Por el valor de uso llegaron al pragmatismo.—La hipótesis que sostenemos es que los penalistas economistas se plegaron a la teoría subjetivista del *valor de uso* desde distintas vertientes económicas y no siempre sin contradicciones, pero todos confrontaron con el mercantilismo monetarista, por lo que en general llegaron al *encierro como pena* de modo mucho más cercano al pragmatismo de Bentham que al contractualismo social. Como buenos burgueses, desconfiaban del contractualismo, en particular desde que Marat en su *Plan* de 1779⁴ los alarmó al sostener que la retribución era justa en una sociedad igualitaria, pero no lo era en otra desigual, en que el juez que condenase a muerte sería un asesino.

¿Qué era el mercantilismo?—Algunos historiadores de la teoría económica suelen decir que los mercantilistas no escribían sobre *ciencia*

³ Cfr. entre muchos, Ernst CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972.

⁴ J. P. MARAT, *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891; sobre Marat, Oliver COQUARD, *Marat, O amigo do povo*, São Paulo, 1996.

económica sino sobre *economía política*⁵, porque se ocupaban de problemas muy concretos, y solo daban consejos a los *monarcas paternales sobre el gobierno de sus reinos*, afirmación de debe tomarse con las debidas reservas. Otros, sin perjuicio de considerar que el mercantilismo era una corriente bastante dispersa, reconocen que –para demolerla– Smith la simplificó centrando su crítica contra la idea de que la riqueza consistía en la acumulación de dinero (metalismo), por lo que el mercantilismo prohibía la exportación de metales.

Es verdad que conforme a esta idea se consideraba al comercio –fuente de acumulación de metales– como generador de riqueza, pero a condición de que se vendiese a un precio superior al valor de la mercancía y, si bien esto parece responder al sentido común, lo cierto es que en una transacción de esas características siempre alguien pierde al comprar algo por lo que no vale, o sea, que no se agrega nada de riqueza, sino que se llegaría a una suma cero, en que uno gana y otro pierde, razón por la cual esta tesis no logra explicar cuál es la verdadera fuente de la riqueza⁶. No obstante, algunos investigadores reconocen que Adam Smith exageró la crítica al mercantilismo, por lo que luego Keynes habría de reconocerle méritos importantes⁷.

El general, el mercantilismo careció de teóricos, aunque suele mencionarse como tal a Thomas Mun (1571-1641)⁸, quien postulaba medidas tales como abstenerse de usar elementos importados para vestido y consumo, vender los propios lo más caro posible al extranjero, salvo en los casos en que éstos lo pudiesen obtener de otros más barato, comprar lo más barato posible a países lejanos y usar las naves propias para exportar los productos nacionales. Estas reglas elementales, aconsejadas por quien en esencia era un comerciante habilidoso más que un teórico, no alcanzaban el nivel de una *teoría económica*, sino que reflejaban una práctica fundada en convicciones generales de la época del colonialismo originario.

Resulta coherente que la *teoría del valor mercantilista* fuese, en definitiva, garante de un sistema de penas cuyos ejes centrales eran las de carácter corporal y confiscatorio, porque esta teoría era incapaz de proveer cualquier otra respuesta: si el valor estaba dado por la moneda (oro

⁵ Así, Phyllis DEANE, *A evolução das idéias económicas*, Rio de Janeiro, 1978, p. 21; en igual sentido, Charles GIDE/Charles RIST, *Historia de las doctrinas económicas*, Buenos Aires, 1949, p. 3.

⁶ Cfr. Axel KICILLOF, *De Smith a Keynes, Siete lecciones de historia del pensamiento económico*, Bs. As., 2011, p. 37.

⁷ Cfr. Philip Charles NEWMAN, *Historia de las doctrinas económicas*, Barcelona, 1963, p. 15.

⁸ Su obra es *A Discourse of Trade from England unto the East Indies*, de 1621.

y plata), era razonable la confiscación de bienes como pena, que se empleaba en forma conjunta con las corporales, por ejemplo, por los tribunales de las diversas inquisiciones, muy particularmente por lo dependiente de la monarquía española, dedicada a perseguir a los judíos conversos ricos para apropiarse de sus bienes⁹, pero como esta pena patrimonial no podía funcionar en la gran mayoría de los casos, puesto que los condenados carecían de bienes, el eje central del sistema de penas lo constituían las penas corporales, a las que se asignaba una función de prevención por escarmiento público o disuasión por el terror, normalizada a juzgar por el interés público en asistir festivamente a las torturas y ejecuciones, que al mismo tiempo acarrea la confiscación patrimonial total.

Sonnenfels y el *cameralismo*.—Un recorrido por las ideas económicas de nuestros penalistas del iluminismo y del posterior liberalismo permitirá verificar la existencia del frente común *antimercantilista*. Cabe advertir previamente que Adam Smith no distinguió entre el mercantilismo y el *cameralismo*, en razón de que su crítica se dirigía en especial a la práctica económica de los países colonialistas y no a los de Europa central, pero el *cameralismo* —como veremos— es una teoría económica bastante diferente y muy difundida entre los economistas penalistas.

Quienes cultivaban esta corriente llamaban *ciencia cameralista* a la economía (*Kammeralwissenschaft*)¹⁰. Su expositor más difundido fue Jakob Friedrich von Bielfeld (1717-1770), asesor de Federico II (*der Grosse*) de Prusia, o sea, políticamente identificable como discurso propio del *despotismo ilustrado*, en la Europa central, aún no colonialista en ese momento.

Para nuestro efecto, entre los cameralistas cobra importancia —por su relevante protagonismo en el pensamiento penal— el iluminista austríaco Joseph Freiherr von *Sonnenfels*, quien en 1775 publicó su famoso alegato contra la tortura, promoviendo su abolición¹¹. Cabe recordar que, dadas las importantes funciones que tuvo *Sonnenfels* en tiempos de María Teresa y de José II, no solo ejerció gran influencia en las reformas judiciales, sino también en materia económica, acerca de la cual entre 1765 y 1767 publicó una voluminosa obra en tres tomos¹².

⁹ Cfr. al respecto, nuestro trabajo *Friedrich Spee: el padre de la criminología crítica*, estudio preliminar a la *Cautio Criminalis*, Buenos Aires, 2017.

¹⁰ El nombre deriva de *Kammer*, o sea, los asesores de cámara del monarca.

¹¹ *Über die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775.

¹² *Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft* (3 vol., 1765-1767).

Se ha dicho –quizá con cierta exageración– que con Sonnenfels la *ciencia cameralista* (economía) alcanzó nivel teórico, conforme a los principios político-económicos y sociales de vigilancia, bienestar, seguridad y disciplina de la población¹³. En este sentido se situaba en contra del malthusianismo, pues consideraba que el aumento de población provocaba mayor bienestar, porque cada individuo nuevo requería de otro que proveyese a sus necesidades, lo que daría lugar a un aumento de la producción¹⁴.

Estas ideas fueron las que desde el mundo de lengua alemana se extendieron sobre los pensadores penalistas economistas del norte italiano, especialmente de la región de Lombardía, en ese tiempo bajo dominio austríaco, cuyas teorías político criminales fueron las más transformadoras de la ideología penal y alcanzaron renombre mundial.

Beccaria contra el mercantilismo.—El más importante por su significación para nuestra materia fue –sin duda– Cesare Beccaria, quien después de su famoso *librito* nunca más volvió a ocuparse de temas penales, pues se dedicó a la economía y, como tal, fue catedrático de esta materia (*ciencia cameralista*), en la que postulaba una teoría del valor eminentemente utilitarista o subjetivista: *la estima de los hombres era el valor*. Por cierto, si Smith hubiese conocido sus trabajos económicos, no lo hubiese hecho destinatario de sus críticas al mercantilismo, pues de ninguna manera fue un monetarista en ese sentido.

Aunque parecía confundir valor con precio, lo cierto es que rechazaba claramente la idea de que el valor fuese dado por la moneda. A este respecto escribió: *El valor es una cantidad que mide la estima que los hombres tienen de las cosas. Las monedas son pedazos de metal que miden el valor de la misma manera que las libras o las onzas miden el peso; el pie y la braza la extensión. Además las monedas son una prenda pública para quien las recibe, de recibir de otros el equivalente de aquello que ha dado; son mera medidas como la libra y la braza, o sea, puras y meras representaciones, pero se trata de medidas inherentes a una mercancía devenida en base del comercio*¹⁵.

¹³ Cfr. KILLY, Walter/VIERHAUS, Rudolf, *Deutsche Biographische Enzyklopädie (DBE)*, 2001, T. 9, p. 374.

¹⁴ José Enrique COVARRUBIAS, *En busca del hombre útil. Un estudio comparativo del utilitarismo neomercantilista en México y Europa (1748-1833)*, UNAM, México, 2005, pp. 169 ss.

¹⁵ La posible confusión con el precio estaría dada por su nota: «Un matemático diría que el valor de una cosa está en relación compuesta a la inversa de la suma de las mercaderías mismas, del número de poseedores, de los concurrentes, del tributo correspondiente, de la mano de obra y de la importancia del transporte». En nota también insiste en el mero valor de signo de la moneda: «un filósofo las llamaría signos reales de valor, como los caracteres y las palabras son signos de las ideas de las cosas y de sus relaciones» (*Del disordine e de' remedi delle monete nello Stato di Milano*

Para Beccaria *toda operación económica se reduce a procurar la mayor cantidad de trabajo y de acciones entre los miembros de una nación y en eso consiste la verdadera y primaria riqueza, mucho más que en la cantidad de metal precioso, que es solo un signo representativo*, lo que lo separa nítidamente de cualquier mercantilismo. Se observa aquí una aproximación considerable a la valoración del trabajo, aunque no llegue a configurar una teoría en sentido estricto.

En alguna medida, esta limitación obedece a que en el mismo párrafo rechaza cualquier aplicación mecánica de principios estrictos, lección que no parecen haber aprendido los economistas del mal llamado *neoliberalismo económico* que cunde hoy por las academias: *Además de todo esto, es necesario unir estas máximas con las diferentes situaciones de una provincia, con las diversas circunstancias de población, de clima, de fertilidad espontánea e industrial de la tierra, con la índole de los confines, con las necesidades de los pueblos vecinos, con la diversa naturaleza de los productos y de las artes de los que éstos se alimentan*¹⁶.

En cuanto a la vinculación del encierro como pena con el valor del trabajo o de su posibilidad de oferta, se observa en sus escritos cierta aproximación. Rusche, comentando un párrafo de su obra clásica, afirma que *aboga por la instauración de penas pecuniarias en interés de la propiedad; pero puesto que el pago de una pena pecuniaria no resulta posible para las clases bajas, se recomienda la detención como medida sustitutiva. La privación de libertad –concluye Rusche– es considerada como una consecuencia natural de la violación del derecho de propiedad, es decir que, a la propiedad y a la libertad personal se les asigna exactamente el mismo valor*¹⁷.

Pero leyendo mejor el párrafo que comenta Rusche, resulta que en verdad Beccaria no se refiere solo a la confiscación de la libertad, sino del trabajo mismo: *la pena más oportuna será la única suerte de esclavitud que puede llamarse justa, o sea, la de servir por un tiempo con las obras y las personas de la comunidad a fin de resarcirla, mediante la propia y perfecta dependencia, del injusto usurpado al pacto social*¹⁸.

Aquí queda bastante clara, en una sociedad clasista estratificada, la equivalencia del valor del encierro con el del trabajo por tiempo. Era natural que, en esa estratificación, quien podía pagar debía hacerlo me-

nel 1762, del marchese Cesare Beccaria Bonesana Patrizio milanese, Napoli, Nella Stamperia di Giovanni Gravier, 1770, en *Opere diverse*, II, Napoli, 1770, pp. 29 y 30).

¹⁶ BECCARIA, *Prolozione letta nell'apertura della nuova Cattedra di Scienze Camerali*, pp. 5 y 6, en *Opere diverse*, Napoli, 1770.

¹⁷ Georg RUSCHE/Otto KICHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna., 1978, p. 142.

¹⁸ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, p. 49; *De los delitos y de las penas*, Arayú, Buenos Aires, 1955, XXII, p. 237.

diante la confiscación de valores en dinero, pero quien no disponía de esos valores en bienes, no podía ser confiscado más que en lo único que podía ofrecer en el mercado: su trabajo.

En su sociedad altamente estratificada, Beccaria no dejaba de observar las llamadas *causas sociales del delito*, a tal punto que no faltan quienes lo consideran como un antecedente del positivismo penal o, por lo menos, del sociologismo que luego tomará cuerpo con Quetelet y otros y terminará en la *sociología criminal* ferriana¹⁹, lo que parece bastante exagerado, considerando la época y su sociedad, donde no todos trabajaban por cierto, y había una burguesía que buscaba conmovier el poder de la nobleza.

De toda forma, es claro que Beccaria fue uno de los autores que –intuitivamente– más cerca estuvo de expresar el vínculo estrecho entre la teoría del valor por el trabajo y el encierro, por más que su posición no dejaba de ser en general utilitarista.

Los hermanos Verri.—Los ilustrados eran penalistas y economistas que compartían la perspectiva de su propia clase en ascenso y, por ende, confrontaban con quienes exaltaban las supuestas virtudes de la nobleza, considerando viles las actividades industriales y comerciales. En esta línea, que era la de Beccaria, cabe mencionar los escritos de sus amigos Alejandro Verri y de su hermano Pietro.

Como era de esperar, para estos ilustrados no era incoherente pensar que quien ejercía el comercio o la industria *pagase* su delito mediante la confiscación de bienes, que era lo que podía ofrecer en el mercado, pero quien no, mediante la confiscación de su trabajo que, conforme a su clase, también era lo que podía ofrecer en el mercado. En este sentido se observa una unidad de opinión con Beccaria, puesto que los hermanos Verri eran los animadores del grupo ilustrado al que pertenecía Beccaria –la *Accademia dei puggni*– con quien compartían ideas no solo económicas y mantenían estrechos vínculos personales²⁰.

Pietro Verri –al igual de Sonnenfels– fue autor de un famoso discurso contra la tortura²¹; su hermano Alessandro publicó en 1771 sus *Me-*

¹⁹ Piers BEIRNE, *Inventing Criminology, Essays on the Reize of Homo Criminalis*, State University of New York Press, 1993, pp. 11 ss.

²⁰ Cfr. Nino VALERI, *Pietro Verri*, Milano, 1927, pp. 83 ss.

²¹ Pietro VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di Silvia Contarini, Milano, 2006; *Observaciones sobre la tortura*, traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977; *Observaciones sobre la tortura*, traducción, presentación, notas y ensayo preliminar de Ezequiel Malarino, prólogo de Thomas Veormbaum, Buenos Aires, 2012.

*ditazioni sulla economia politica*²², donde destaca que los *costos de interacción decrecientes* (que pueden asociarse con *costos de transacción decrecientes*) son la raíz de un proceso complejo, en el que la *civilización* es un requisito del progreso económico, entendiéndose por tal el desarrollo de sentimientos morales y de necesidades artificiales²³. Se trataría de requisitos previos o presupuestos del progreso económico. Entre otras cosas, Verri analizó la oferta y demanda en el mercado e introdujo un concepto de ingreso explícitamente fundado en la consideración del sistema económico como un flujo circular.

No obstante, en alguna medida su obra parece ser un alegato contra la fisiocracia, propia de los franceses. Esta posición no debe extrañar, porque si bien los fisiócratas se oponían al mercantilismo, no dejaban de ser una versión económica demasiado propia del despotismo ilustrado, al punto que era la sostenida por Turgot como ministro de Luis XVI. Es claro que, como representante de la burguesía lombarda, Verri no podía compartir la tesis simplista de los fisiócratas franceses, para quienes el valor lo daba únicamente el trabajo de la tierra, pero lo negaba a cualquier otro trabajo.

En términos actuales, Verri en alguna medida sería un reivindicador del valor agregado, en contra de los fisiócratas, que entendían que el único valor era el proveniente de la tierra, a quienes les reprochaba crear *un lenguaje ascético y erigir la secta de los economistas, según la cual todo hombre que no adopte el arado es un ser estéril, y los manufactureros son llamados una clase estéril*. Su premisa es que toda nación debe reproducir –con la tierra y la manufactura– más de lo que consume, pues de lo contrario no crece o decae, y esta reproducción emerge siempre por la mano del hombre, que no hace más que transformación, sea de la semilla en grano o de la piedra en collar.

De las enteras ciudades y Estados no surge otra cosa que el producto de esta pretendida clase estéril, cuya reproducción comprende el valor de la materia prima, el consumo proporcionado de las manos empleadas y, además, aquella porción que enriquece al que ha emprendido la fabricación y que la emplea con feliz talento. Puede verse claramente que el concepto de riqueza de Verri no era mercantilista ni fisiocrático, sino que combinaba

²² Cfr. Alessandro VERRI, «Alcune riflessioni sulla opinione che il Commercio deroghi alla nobiltà», en *Discorsi varj del Conte Alessandro Verri pubblicati nel giornale letterario Il Caffè*, Milano, 1818, p. 89.

²³ Pier Luigi PORTA/Roberto SCAZZIERI, *Pietro Verri's Contribution to the Economic Theory of the 18th Century: Commercial Society, Civil Society and Governance of the Economy* Department of Economics, University of Milan Bicoca, No. 9 de febrero de 1998.

en el valor diferentes componentes, en forma muy similar a la que luego habría de generar objeciones a la propia teoría clásica.

Contra el mercantilismo por la fisiocracia: Filangieri.—En el marco de la actitud política propia del despotismo ilustrado, la primera reacción orgánica contra el mercantilismo surgió en Francia a mediados del siglo XVIII, o sea, la llamada *fisiocracia* de François Quesnay (1694-1774), médico, naturalista y matemático, colaborador de la *Encyclopedie*.

Su tesis central era que la riqueza la producía la tierra —agricultura— y que, por tanto, los agricultores eran sus únicos generadores, en tanto que quienes desempeñaban actividades de intercambio —incluso los industriales— al igual que los dueños de la tierra, eran clases estériles, que en el mejor de los casos se limitaban a transformar la riqueza que siempre se tomaba del mundo natural.

Nuestro penalista que abrazaba las tesis de los fisiócratas del siglo XVIII, acomodándolas para confrontar con el mercantilismo, fue el famoso napolitano Gaetano Filangieri, quien a este respecto se expresaba con toda claridad: *La agricultura, las artes y el comercio son las tres fuentes universales de la riqueza. La agricultura nos da las producciones de la tierra; con las artes se aumenta su valor, se extiende su uso y crece el consumo; por el comercio se permutan, se transportan, y se les da por este medio nuevo valor. La primera da la materia, la segunda la forma, y la tercera el movimiento. Sin la forma y el movimiento se puede tener materia; pero sin ésta no puede haber ni forma ni movimiento. De donde se sigue que la fuente principal y única de las riquezas es la agricultura*²⁴.

De allí deriva todo el desarrollo crítico de su exposición, dirigido contra las leyes que reducen la población y por ende la agricultura, como el celibato, los ejércitos numerosos, la impudicia, los impuestos excesivos, la escasez de pequeños propietarios, la concentración de la propiedad de la tierra, las propiedades eclesiásticas, los campos sin cultivar, la prohibición de cercados, los cotos de caza, la concentración urbana en las capitales, etc.

Desde su particular concepción de la fisiocracia, fuertemente crítica del mercantilismo, consideraba que el libre comercio equilibraría las necesidades de consumo de los diferentes países, destacando que en definitiva las prohibiciones para exportar e importar siempre perjudi-

²⁴ *Ciencia de la Legislación escrita en italiano por el Caballero Cayetano Filangieri y traducida al castellano por Don Jaime Rubio*, Madrid, Imprenta de Núñez, 1822, T. II, pp. 110-111; *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*, Milano, 1817, vol. I, p. 424.

can, con un razonamiento que es muy cercano a la *suma cero* no creadora de riqueza²⁵.

Filangieri exigía un equilibrio de la industria con la agricultura, postulaba la libre competencia entre productores contra las corporaciones y los derechos de maestría. Se ocupaba de los obstáculos al comercio: las aduanas, los derechos de exportación e importación y la competencia entre naciones. En cuanto al monopolio británico del comercio con las colonias, vaticinaba la independencia de los Estados Unidos y que ésta acarrearía la de toda América, lo que acabaría arruinando el comercio europeo y no solo de Inglaterra²⁶. *Sin las minas de Potosí nosotros no sazonaríamos nuestras viandas con las aromas de Asia ni vestiríamos las hermosas telas de Coromandel*, decía. En consecuencia, acorde con los intereses de la emergente burguesía, dirigía su crítica contra la excesiva intervención económica de los estados, la política de los países colonialistas y reclamaba la libertad de comercio.

En cuanto a la política impositiva, señalaba que los impuestos indirectos son los más injustos, *porque el pobre paga al Estado lo mismo que el rico. Una parte de los ciudadanos está oprimida por la contribución, mientras que la otra defrauda al Estado lo que le debe*²⁷, lo que reduce el consumo de alimentos y afecta la población y la agricultura. A efectos de corregirlo, distinguía el producto total (total de la renta) y el producto líquido o neto (lo que queda descontando todos los gastos de cultivo), afirmando que el impuesto debe recaer sobre el último; de todos modos, se inclinaba por los impuestos directos sobre el producto neto de las tierras²⁸.

El eclecticismo español de Foronda.—Valentín de Foronda (1751-1821) fue un vasco ilustrado tardío, que se fue convirtiendo en un liberal convencido, cuyos trabajos penales son importantes pero fragmentarios, siendo en nuestra materia más bien un seguidor de Beccaria y también de Filangieri, que no relevó demasiado la transformación de la pena en encierro en su época²⁹. En verdad, fue un economista con dedicación penalista más que lo contrario.

En economía, en 1778 pronunció un discurso en la *Real Sociedad Bascongada de los amigos del país*, en el que criticó duramente los privile-

²⁵ *Op. cit.*, pp.116 ss.; *op. cit.*, p. 429.

²⁶ *Idem*, p. 52.

²⁷ *Idem*, p. 114.

²⁸ La Scienza, cit., II, p. 38

²⁹ Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, «Últimos escritos penales de Foronda», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, Cuenca, 2001; del mismo, *Aspectos penales en la obra de Foronda*, Comisión de Bizkaia, Bilbao, 1997.

gios de la nobleza en comparación con las clases mercantiles y el freno que con eso se ponía al crecimiento económico³⁰. Afirmaba que la nobleza había llegado a ser *el oprobio de la nación*, como grupo social extravagante que contemplaba *su valor adherido a unos pergaminos viejos*.

Con posterioridad profundizó su crítica y diez años después comenzó a publicar sus *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*³¹, en las que cita a los economistas más renombrados de su tiempo e incluye a Adam Smith, donde se muestra un giro marcado contra el intervencionismo estatal, conforme a los objetivos de la burguesía española, pues intuía que la renovación española sería a través del comercio internacional³².

Su formación fue originariamente fisiocrática, pero el cameralismo también influyó en su pensamiento, puesto que fue un ecléctico que no seguía una línea muy definida en materia económica –fuera de su crítica al mercantilismo– y que fue variando en el curso de su vida, especialmente después de los años que pasó en los Estados Unidos.

Foronda criticaba al mercantilismo por las intervenciones en materia de exportaciones e importaciones, citando muchas veces a Smith en la última edición de su obra, considerando que se trata de limitaciones a la libertad y a la propiedad³³. En cuanto al empleo se aparta de Smith, pues sostenía que el Estado debe fomentar las políticas de empleo, sobre todo porque cuando aumenta el número de desocupados pueden producirse problemas de aumento de delitos contra la propiedad.

Si bien Foronda distinguía entre valor y precio siguiendo en alguna medida a Smith³⁴, no lo seguía en cuanto a la teoría del valor, entendiendo por tal el valor de uso, o sea, la utilidad, conforme a la corriente subjetivista del cameralismo italiano, proveniente de Beccaria: y que habría de seguir Rossi.

Foronda publicó su obra en 1789 pero la adicionó en una tercera edición en 1821, poco antes de morir ese mismo año. Si bien en esta última versión de su obra se observan cambios, tanto en sus conceptos

³⁰ Valentín de FORONDA, «Lo honrosa que es la profesión del comercio», en *Miscelánea o Colección de varios Discursos*, Madrid, en la imprenta de Benito Cano, 1787 (cit. también por José Manuel Barrenechea, en *Estudio Preliminar a Foronda, Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, Vitoria-Gasteiz, 1994, p. XVII).

³¹ Publicó en Madrid el primer tomo en 1789, el segundo en 1790 y una reedición en Pamplona en 1821. De esta última hay una edición facsimilar publicada en Vitoria-Gasteiz en 1994, con el importante estudio preliminar y bibliografía citados de José Manuel Barrenechea.

³² Cfr. BARRENECHEA, *op. cit.*, p. LXXXVIII.

³³ FORONDA, *op. cit.*, p. 79.

³⁴ FORONDA, *cit.*, pp. 119 ss.

como en la introducción de las citas de Smith, al parecer se mantuvo en la línea utilitarista subjetiva del valor como *valor de uso*.

La continuidad del valor de uso: Rossi.—El conde Pellegrino Rossi fue, sin duda, un personaje singular, posterior al iluminismo, de trágico final³⁵, pero del que cabe ocuparse porque es el último de esa zaga de los penalistas economistas que en el terreno económico seguía la línea subjetivista en cuanto al valor proveniente de Beccaria y del cameralismo y, por ende, confrontativa con el mercantilismo y con el contractualismo social, lo cual reforzaba con cierto grado de historicismo³⁶.

Rossi destacó con enorme claridad la decisiva influencia de nuestra América en la transformación europea del siglo XVIII, es decir, en la revolución industrial: *Grande fue por cierto el trastorno que ocasionó la entrada del metal precioso americano en los mercados de Europa. Las clases altas y bajas de la sociedad lo padecieron por largo tiempo mientras la clase media se aprovechaba de él. El descubrimiento de América ha contribuido pues al cumplimiento del grande hecho social que apareció en 1789, llenando de asombro a los más incrédulos y apoderándose de la Europa entera. La clase media armada con el doble poder de la riqueza y del desarrollo intelectual y material osó mirar a la decrepita aristocracia frente a frente y decirle con voz robusta y enojada: Hoy me toca a mí*³⁷.

Negaba rotundamente las teorías del valor que postulaban como tal el trigo (fisiocracia), el trabajo (Smith) o la moneda (mercantilismo). *El valor de la moneda es tan variable como el de cualquier otro objeto afirmaba—, para agregar que la plata y el oro son una mercancía que, destinada a servir de moneda (lo que hace su valor algo menos variable), no tiene más uso que los cambios*³⁸.

Fundaba su aserto del siguiente modo: *El hombre al considerar todos los objetos que le rodean bajo el solo punto de vista de su utilidad, hace de todos ellos dos secciones: una de las cosas que pueden tener propiedades distintas, pero que no tienen la de poder satisfacer sus necesidades; y otra de las cosas que poseen esa preciosa calidad. ... El valor de uso es la calidad, el objeto que la posee o en el cual se encuentra esa calidad es la riqueza. ... El valor de cambio es una cualidad ulterior. No es el valor de cambio el que constituye la riqueza, sino que la preexistencia de ésta hace posible el valor de*

³⁵ Cfr. ANDREOTTI, Giulio, *Ore 13: il Ministro deve moriré*, Milano, 1991.

³⁶ Cfr. Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, «Influencia historicista en Pellegrino Rossi», en *Savigny y la ciencia del derecho*, Valparaíso, 1979, pp. 817 ss.

³⁷ Pellegrino ROSSI, *Curso de Economía Política*, traducción de Pedro de Madrazo, Madrid, 1840, p. 169.

³⁸ *Op. cit.*, p. 157.

cambio ³⁹. Seguidamente exponía una fuerte crítica al mercantilismo y a los fisiócratas ⁴⁰ y, más adelante rechazaba también la idea de que mayor población es mayor riqueza, con lo que se acercaba a Malthus ⁴¹.

Rossi rechazaba la teoría del valor de Smith y de Ricardo, argumentando que el trabajo no puede ser lo que indique el valor, porque es desigual en la historia, en las diferentes clases de trabajo, etc. Afirmaba que el valor no es más que una idea de relación, por lo que entendía que se trata de algo así como la cuadratura del círculo, por lo que en definitiva sería un problema sin solución. Curiosamente, afirmaba que fue el traductor francés de Smith –Garnier– quien más que el mismo escocés se empeñó en establecer el valor por el trabajo ⁴². Seguidamente, sostenía que tampoco la moneda es indicadora del valor y consideraba que el error de los teóricos consistió en confundir el esfuerzo del hombre, que se supone constante, con la retribución harto variable que por él se paga. En definitiva, insistía en la tesis del valor subjetivo o de uso, pues consideraba que la utilidad para satisfacer nuestras necesidades es la única fuente del valor.

Rossi fue criticado en su tiempo desde el sur italiano por Agustinis, quien le reprochaba estar cerca de Malthus, separándose en esto del cameralismo. Para este crítico contemporáneo, la economía no era solo política y menos pública, sino social y humanitaria ⁴³ y, en cuanto a las escuelas inglesa orientada hacia el valor por el costo de producción y a la francesa que postulaba el criterio de utilidad, sostenía que ambas eran verdaderas en lo que afirman y falsas en lo que negaban ⁴⁴. En esta crítica había un reclamo de moralidad, muy propio de la corriente italiana no ajena al catolicismo.

La síntesis: el utilitarismo de Bentham.—Las teorías subjetivistas del valor –valor de uso– en lo económico, por las que se inclinaron la mayor parte de los penalistas economistas, dieron base en lo penal al *preventivismo* como teoría de la pena y, en su expresión más difundida en su tiempo, convergieron en la construcción ideológica utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832) ⁴⁵.

³⁹ *Idem*, pp. 183-184.

⁴⁰ *Idem*, pp. 187 y 190.

⁴¹ *Idem*, pp. 358 ss.

⁴² *Idem*, p. 148.

⁴³ Matteo DE AGUSTINIS, *Studi critici sopra il Corso di Economia Politica di Pellegrino Rossi*, Napoli, 1844, p. 11.

⁴⁴ *Idem*, p. 22.

⁴⁵ Sobre Bentham: RADZINOWICZ, León, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, London, 1948, p. 355; Enrique Eduardo MARI, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983.

Si bien Bentham no fue un economista, escribió sobre economía⁴⁶ y, por ende, cuando se entresacan conceptos económicos de autores no dedicados en particular a esa disciplina, las conclusiones son siempre opinables⁴⁷. No obstante, no es indispensable rastrear sus escritos, para encontrar una definición expresa en términos económicos, porque ésta se deriva directamente de la base antropológica que permea toda su concepción de premios y castigos.

Para este autor la sociedad es un conjunto de individuos sensibles y, al postular la mayor felicidad de todo lo vivo tenía la virtud de incluir también a los no humanos, lo que adquiere especial significación en nuestro tiempo, aunque respecto de los no humanos le resultaba más difícil determinar su comportamiento conforme al juego de premios y castigos. En cuanto a los humanos, postulaba que el agrupamiento social debía buscar la mayor felicidad de cada individuo, pues la suma de todas estas felicidades sería la mayor felicidad del grupo, como finalidad última del utilitarismo que postulaba.

Como el individuo puede equivocarse en cuanto a su felicidad, es decir, considerar prioritarios placeres inferiores, creía que siempre estaría dispuesto a aprender para llevar a cabo la ponderación correcta y, por eso, reaccionaría positivamente ante los premios y los castigos.

Consideraba que todas estas premisas de su ideología eran verdades que le parecían objetivas, universales y autoevidentes. Así lo expresaba en sus obras y lo sintetizaba en la fórmula según la cual *el bienestar público debe ser el objeto de la legislación*⁴⁸, y *la utilidad pública es la suma de las felicidades individuales*⁴⁹.

El criterio para decidir qué acciones deben ser delitos, lo establecía comparando la cantidad de placer que un acto proporciona a su autor y la cantidad de mal que de ese acto se deriva para la parte lesionada⁵⁰. *La moral en general, es el arte de dirigir las acciones de los hombres de manera de producir la más grande cantidad posible de bienestar. La legislación debe tener precisamente ese objetivo*⁵¹.

En consonancia con lo anterior, sostenía que la pena es un mal, pero cuya utilidad estaría dada por la medida en que se traduce en *la prevención particular, que se aplica al delincuente individual, y en la pre-*

⁴⁶ Cfr. J. BENTHAM, *Escritos Económicos*, México, 1971.

⁴⁷ En este sentido, puede verse, por ejemplo, el estudio de Nathalie SIGOT, *Bentham et l'Économie. Une histoire de l'utilité*, París, 2001.

⁴⁸ BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, París, 1830, T. I, p. 1.

⁴⁹ *Idem*, p. 25.

⁵⁰ *Idem*, p. 99.

⁵¹ *Idem*, p. 107.

*vención general, que se aplica a todos los miembros de la comunidad, sin excepción*⁵².

En realidad, la teoría subjetiva del valor, sostenida por casi todos nuestros penalistas economistas, subyace con refinamiento y coherencia como el sustrato de la construcción benthamiana, donde sigue marcando la equivalencia del delito y la pena, entendiendo a esta última como la privación de algo que proporciona felicidad. Por eso, Bentham, apelaba a premios y castigos: los primeros daban felicidad y los segundos privaban de ella y, por ende, eran el medio idóneo para conducir a los humanos. A este respecto, cabe recordar que aclaraba que el castigo debía ser adecuado a la sensibilidad del penado, puesto que un sujeto refinado habría de sentirlo mucho más que un trabajador manual, porque –como era de esperar– concebía a la felicidad conforme al criterio de la burguesía de su tiempo.

Recordemos que Bentham no solo legitimaba el encierro como pena, sino que tampoco descartaba por completo las penas corporales, al punto que había inventado una máquina de azotar, para que la intensidad de los latigazos no dependiese de la fuerza que quisiera imponerle el verdugo (la misma guillotina respondía al principio de igualdad en la ejecución de la pena de muerte).

Pero el encierro, desde esta perspectiva, no era una mera confiscación del valor de uso de la libertad, sino que el lado *utilitarista* se ponía de manifiesto con el disciplinamiento en la prisión: la vigilancia panóptica era para disciplinar y enseñar a trabajar urbanamente, como lo destacaron en su momento Melossi y Pavarini⁵³. La determinación por premios y castigos no se agotaba en el mal de la pena de encierro –castigo–, sino que se aprovechaba también el tiempo de castigo dándole *utilidad*, o sea, la *del encierro para disciplinar*.

El pragmatismo utilitarista de Bentham se plasmó en varias legislaciones, como por ejemplo el código imperial de Brasil de 1830, con premios y castigos tabulados matemáticamente y que ordenaba tomar en consideración la sensibilidad del penado, texto que influyó en los códigos españoles de 1848 y 1850, que pasaron a su vez influyeron en la mayoría de los países de nuestra región, lo que hasta hoy se mantiene en Chile. También se multiplicaron las cárceles con arquitectura radial, conforme a su modelo panóptico.

⁵² BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrites de M. Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais, par Et. Dumont*, París, 1825, T. I, pp. 2 y 13.

⁵³ DARIO MELOSSI/MASSIMO PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977.

En el siglo pasado se conoció una versión que revaloraba el pragmatismo en España⁵⁴, que fue criticada por León Duguit, en especial por su incapacidad para limitar el poder estatal, calificándolo en general como un positivismo al que se sumaba un *cálculo de rendimiento*⁵⁵.

Síntesis.—Creemos haber demostrado —sin perjuicio de la necesidad de más detalladas investigaciones— que (a) las *teorías del valor* elaboradas en el campo económico desempeñaron un importante papel en la dinámica de la ideología penal del momento en que el encierro o secuestro pasó a ser el eje central del sistema de penas. Lo primero que cabe destacar al respecto es que (b) la teoría del valor *metalista o monetarista del mercantilismo* del antiguo régimen no podía legitimar el encierro, más que como un sucedáneo de la confiscación de bienes en algunos delitos y en la prisión por deudas, por lo que la proporcionalidad se medía en dolor físico, en confiscación de bienes y en función de mostrar un escarmiento. Puestos a naturalizar el secuestro como pena (c) la teoría *subjetivista del valor de uso* fue expresamente abrazada como legitimante por todo el preventivismo penal, alcanzando su expresión más clara en la versión utilitarista benthamiana. Por otra parte, (d) la teoría del *valor por el trabajo incorporado* de Adam Smith, que era ideológicamente la más coherente para legitimar la retribución contractualista cobrada en tiempo de encierro, no fue invocada ni compartida por los penalistas de esta vertiente.

El penalismo posterior al iluminismo y al primer liberalismo no volvió a ocuparse de la teoría económica, que regresó al campo de las ciencias penales con la llamada criminología de la reacción social de las últimas décadas del siglo pasado, aunque por un camino diferente y crítico. La *economía política* se convirtió en *ciencia económica*, pretendiendo ser un saber de expertos que no puede ser discutido por la política, es decir, en un saber matemático que no puede ser materia de decisiones democráticas⁵⁶; el saber jurídico penal se convirtió en una ciencia normativa también inexpugnable, que no admite que el juzgador que decide políticamente le pueda incorporar datos de la realidad *no ordenados por los valores*. Sería saludable recordar en nuestros días que ambos son ciencias sociales, culturales, históricas y eminentemente políticas.

⁵⁴ Cfr. Quintiliano SALDAÑA, *Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid, 1923; de este autor, también, *La defensa social universal*, Madrid, 1926.

⁵⁵ León DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, s.d. (¿1924?).

⁵⁶ Cfr. Alain SUPLOT, *El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado mundial*, Barcelona, 2011, p. 95.

LAS PERSONAS JURÍDICAS TIENEN DERECHO A SER CASTIGADAS PENALMENTE

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

Esta frase que el Profesor Luis Arroyo publicó en el año 1998 en la *Revista Penal*¹ fue una de las que más me inspiró para investigar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su artículo, además, incidía en varios asuntos que me convencían en la necesidad de seguir el camino de indagar cómo fundamentar una posible responsabilidad verdaderamente penal para las personas jurídicas, ante la evidente amenaza de nuevas formas de criminalidad protagonizadas por las mismas. Detrás estaba el inaugural trabajo de José Miguel Zugaldía, sumamente expresivo en su título, «Conveniencia político-criminal, pero imposibilidad dogmática»² que planteaba la difícil tarea –cuadratura del círculo– de diseñar una responsabilidad de un ente colectivo desde los parámetros de la teoría del delito del injusto personal, frente a las expresivas necesidades de prevenir esa novedosa delincuencia.

Las primeras monografías que se publicaron a favor de la responsabilidad penal de las personas³, iban totalmente en contra de la doctrina dominante, protagonizada por el conocimiento dogmático de raigambre alemana, considerándose esta cuestión de carácter especulativo, político-criminal o criminológico, de *lege ferenda*, pero no propia de las discusiones concernientes al Derecho Penal, cuyo conocimiento cimentado durante siglos partía de conceptos sumamente elaborados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad pensados desde la persona natu-

¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, 1, 1998.

² ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *Cuadernos de Política Criminal*, 11, 1980.

³ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, 1998; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000.

ral y –por qué no– desde la cárcel como pena. Ciertamente que, desde estos presupuestos, difícilmente podíamos sustentar una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas, pues las categorías dogmáticas fueron concebidas desde el paradigma del comportamiento de una persona humana⁴ y, la pena era entendida como privación de libertad.

Por supuesto, mucho se ha recorrido desde estas publicaciones. Se han escrito innumerables trabajos (artículos, compendios, monografías, tesis doctorales, etc.) sobre este tema⁵, el legislador español ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, pero no podemos dejar de reconocer que aún subsisten problemas significativos que impiden reconocer acuerdos sostenidos para considerar que existe una *teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídica*. Autores significativos de la doctrina española aún siguen considerando que no se trata de una auténtica responsabilidad *penal*⁶ y, ello, no puede

⁴ Y, agregaría, libre, mayor de edad, con plenas capacidades para comprender su comportamiento y determinarse según esa apreciación. Pues las medidas de seguridad ya son excepciones a dicho paradigma.

⁵ Imposible señalar todos los trabajos que se han escrito a lo largo de estos veinte años. Simplemente señalaré los más significativos: GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de la persona jurídica y consecuencias accesorias del art. 129 del código penal*, Tirant lo Blanch, 2004; GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005; NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008; RAMÓN RIBAS, E., *La persona jurídica en el Derecho penal: responsabilidad civil y criminal de las empresas*, Comares, 2009; CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, 2015; PÉREZ MACHÍO, A. I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*, Comares, 2018; FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, 2020.

⁶ Esta es la postura de significativos autores españoles que abiertamente cuestionan una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pese a que el legislador la haya introducido en el CP en 2010. Vid. GRACIA MARTIN, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de las personas jurídicas en el Derecho sancionador administrativo», ob. cit., pp. 12 ss, para quien la persona jurídica no es sujeto jurídico de infracción ni sanción –incluso administrativa– y aún menos posee capacidad de culpabilidad penal; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Societas peccare non potest... Nec delinquere...», en Bacigalupo Saggese (Coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, para quien «No es una conclusión muy optimista, pero creo que la aceptación por tantos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede interpretarse más que como un indicador preocupante sobre nuestra disciplina. Coherencia intrasistemática y ajuste de las categorías con la realidad que tratan de regular son requisitos elementales de cualquier sistema científico, y el nuestro, en lo que atañe a esta cuestión, más que desdeñarlos explícitamente, parece no reparar en ellos, o pretender que pueden satisfacerse manipulando las palabras» (pp. 413 y 414). DEMETRIO CRESPO, E., «Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca», en Demetrio Crespo (Dir.), *Derecho Penal Económico y teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 21, según este autor «los dos grandes modelos argumentativos no parecen ofrecer una respuesta adecuada. Como es sabido, los de heteroresponsabilidad o vicariables rompen con los principios penales más básicos, mientras que los de autorresponsabilidad, teóricamente admisibles, incurren en quiebras lógicas difíciles de salvar»; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático», en Gómez Colomer, J. L. (Dir.), *Tratado sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 103, quien matiza: «anuncio desde este

desconocerse por el solo hecho de que el legislador haya introducido el art. 31 bis CP. Esta postura de reconocimiento de legitimidad del legislador para decidir cuestiones tan controversiales resultaría acrítica, eminentemente positivista, impropia de la función crítica que ha de poseer la doctrina penal.

En efecto, la experiencia del Derecho Comparado enseña que no basta con que el legislador incorpore esta responsabilidad en el Derecho positivo, sino que es necesario una masa crítica, esto es, una doctrina sostenida, una jurisprudencia uniforme para considerar asumido su contenido y que sea aplicado con seguridad jurídica. La controvertida primera sentencia del TS Núm. 154/2016, con voto particular de casi la mitad de los miembros del alto tribunal en contra, es un síntoma de que aún se requiere elaborar criterios interpretativos ciertos para aplicar aquello que incorporó el legislador en el año 2010, con las certezas suficientes para considerar doctrina consolidada.

«Roma no se construyó en un día» dice un refrán muy conocido. Efectivamente, la responsabilidad de la persona jurídica, durante tanto tiempo excluida del Derecho Penal elaborado desde el paradigma de la responsabilidad individual, no puede ser construida en poco tiempo. Menos en asuntos que no se pueden verificar en laboratorios, como sucede en las ciencias exactas, porque no son observables por el mundo exterior perceptible por los sentidos. Se trata, por lo general, de construcciones jurídicas propias de sociedades complejas, donde las relaciones sociales se desarrollan en contextos mediatizados por organizaciones, muy alejadas del estado de naturaleza.

De ahí que mi contribución al Homenaje que mi querido Luis Arroyo se merece, se centre en indagar esas principales dificultades. Seguramente no podré detenerme en todas, ni siquiera agotar las que considero fundamentales, pero al menos intentaré dar un paso en este camino –sin retorno– de concebir una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas.

momento que mi posición, negadora de la existencia de verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas y de auténticas penas para estas, no significa que se entienda innecesario ni imposible un régimen de responsabilidad, incluso criminal o penal en sentido amplio, de las personas jurídicas por los delitos que cometen en su seno y en su provecho ciertas personas físicas». Más recientemente MIR PUIG, S., «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en Vicente Remesal *et al.* (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, 2020, Vol. II, pp. 1337 ss., según el cual, «las “penas” previstas para personas jurídicas deben distinguirse de las penas para personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico. Ninguna de las nuevas “penas” pueden concebirse como *castigo al culpable* de un hecho», con lo cual cuestiona la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.

I. La difícil adaptabilidad del Derecho Penal Económico en la teoría del delito (y sus consecuencias en la responsabilidad penal de las personas jurídicas)

El trabajo de Arroyo de referencia, llamaba la atención sobre la legitimidad de ese «moderno» *Derecho Penal Económico*. En los años noventa del siglo pasado y buena parte del 2000 se desarrolló una importante discusión sobre estos temas, que el profesor de Castilla La Mancha considera como el problema de «adaptar las instituciones tradicionales al marco de garantías que se desprenden de los principios constitucionales: legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia o principio de personalidad de las penas»⁷. Ciertamente que durante estos veinte años se ha avanzado mucho en, por lo menos, admitir la legitimidad de esta especialidad del Derecho Penal y diseñar una teoría general con sus propias particularidades⁸. Pocos hoy en día fundamentarían que estos delitos deberían despenalizarse (salvo algunos puntuales, obviamente), pues se ha llegado al consenso de la valía constitucional de los bienes jurídicos colectivos en juego y que han de protegerse con el instrumento más contundente que posee el Estado que es la pena. El medio ambiente, los derechos de los trabajadores, los derechos de los consumidores, la Hacienda Pública son incontestablemente intereses que merecen y necesitan de la protección penal, donde la norma primaria se dirige fundamentalmente hacia personas jurídicas. Por eso, de todos los principios constitucionales que el Derecho Penal Económico más pone en tensión es, sin duda, el de *culpabilidad y personalidad de las penas*, concretamente con la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No llama la atención, pues, que el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas sea, precisamente, «una piedra en el zapato», una extrañeza difícilmente aceptable en la dogmática clásica.

De ahí que la discusión sobre el carácter penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, en realidad, se enmarca en una problemática más amplia, la de la adaptación (flexibilización, adecuación, modernización, como pretenda denominarse) de los principios y categorías del

⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», ob. cit., p. 1.

⁸ Cientos de trabajos sobre Derecho Penal Económico, tratados, manuales. Entre esos últimos simplemente destacar los trabajos pioneros de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1997, 1.^a ed. (la 5.^a ed. es de 2016) y los más recientes de DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN, SÁNCHEZ, A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, 2018, y el libro colectivo de Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Derecho Penal Económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020.

Derecho Penal Económico. En efecto, cuando el legislador penal español de 1995 decidió dar carta de naturaleza penal a muchas infracciones socioeconómicas que tradicionalmente daban lugar a sanciones administrativas, se presentaron serios problemas para la teoría del delito tal cual la conocíamos: determinación de los tipos legales con una serie de conceptos normativos, referencias a leyes extrapenales (cuestionando el principio de legalidad tradicional de taxatividad), bienes jurídicos de carácter colectivo, estructuras típicas de peligro (cuestionando el principio de lesividad), aumento de estructuras omisivas e imprudentes, (cuestionando el principio de culpabilidad), etc., pero sin duda la cuestión que menos calzaba en la teoría del delito ha sido la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, especialmente en la culpabilidad penal. Especialmente desde la irrupción de los delitos socioeconómicos en los códigos penales, se discute sobre la idoneidad de la Parte General para el tratamiento jurídico-penal de tipos penales en que los bienes jurídicos son de carácter colectivo, se requieren técnicas regulativas complejas, se sancionan estadios previos a la lesión de bienes jurídicos individuales, en su mayoría de casos protagonizados por personas jurídicas u organizaciones. Más recientemente Quintero Olivares advierte que no hay una teoría del delito monolítica, «sino que cada uno de sus componentes tienen un gran número de versiones o tesis sobre su contenido o significado»⁹.

Estas transformaciones, crisis o adaptaciones sucedidas en el ámbito de la teoría del delito, no son menos en la *teoría de la pena*. Además del protagonismo de nuevas sanciones penales añadidas a la clásica pena de prisión, como la multa, el uso de medios telemáticos de vigilancia, medidas de alejamiento, etc., la utilización por parte del legislador del decomiso de los bienes producto del delito en un afán punitivista, trastoca los límites entre el ámbito penal y el ámbito civil (pues el propio legislador sostiene su carácter civil, siguiendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Aún más, el protagonismo de la reparación del daño, finalidad clásicamente propia del Derecho Civil, como una finalidad de la punición asociada a la pena, viene a ahondar la dificultad de deslindar finalidades civiles y penales. Esta finalidad claramente resarcitoria es, por otro lado, muy relevante en la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, como *responsabilidad civil ex delicto*, puesto que resulta más operativo calcular el costo de la repara-

⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., «Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico», en Demetrio Crespo, D. (Dir.), *Derecho Penal Económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 53 ss.

ción teniendo en cuenta el patrimonio de la empresa que el patrimonio del autor concreto, sobre todo cuando se trata de macrodelitos, con gran cantidad de víctimas¹⁰.

Tenía razón Tiedemann cuando sostenía: «El futuro del Derecho Penal económico depende de la clasificación de las infracciones en injusto penal, injusto administrativo o injusto privado»¹¹. Lo que no previó este gran especialista alemán, es que los contornos de unos y otros se iban a desdibujar, muy propiamente siguiendo el signo de los tiempos de la modernidad fluida o líquida (Bauman).

II. Las complicadas relaciones injusto penal e injusto administrativo (y su relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas)

A las personas jurídicas no se les puede castigar penalmente porque les falta una auténtica culpabilidad penal, es fundamentalmente lo que sostienen quienes consideran que no estamos ante una verdadera responsabilidad penal. Ergo, se trataría de una responsabilidad administrativa, algo asumido por las legislaciones del Derecho Comparado. Como enseguida se verá, con ello no se resuelve la cuestión porque subsiste el mismo problema del principio de culpabilidad si se ha de imponer una sanción administrativa a la persona jurídica¹² y, además, subsiste el baile de las etiquetas de una legislación a otra, en un mismo país o en el Derecho Comparado. Es decir, la doctrina no otorgaría criterios ciertos al legislador para determinar cuándo corresponde utilizar el instrumento penal y cuándo el instrumento sancionador administrativo, como debe ser.

La lucha contra la criminalidad económica que utiliza organizaciones y que amenaza buena parte del bienestar social y económico de las

¹⁰ Sobre esta finalidad viene insistiendo NIETO MARTÍN, A., «Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., en *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, 2015, pp. 99 ss.

¹¹ TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, 1993, p. 229.

¹² Salvo en el caso consecuente de GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2020, p. 12. para quien la persona jurídica no es sujeto de infracción ni de sanción. Consciente de esta necesaria vinculación entre infracción, sanción y culpabilidad hace tiempo plantea la necesidad de homologar los sistemas de imputación GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas», en Bauzá Martorell, F. (Dir.), *Derecho administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch-Walter Kluwer, 2017.

sociedades modernas, encuentra su asunto más espinoso precisamente en establecer cuándo es legítimo utilizar la vía sancionatoria administrativa y cuándo la penal, o cuándo es suficiente con la reparación civil. Los legisladores, haciendo un alarde de pragmatismo han optado, dentro del Derecho comparado, por las diferentes vías (Código Penal, Derecho administrativo sancionador o legislación especial¹³) utilizando diversos criterios¹⁴, pero siendo la mayoría de las veces la primacía del criterio de prevención –que, como se sabe, es un concepto elástico–, el que ha guiado la selección. En cuanto a la legislación penal, en el caso español se mantiene el sistema de codificación decimonónico de agrupar los delitos en un solo cuerpo normativo, tradición que no se mantiene en otros países en los que la regulación de los nuevos delitos se realiza en leyes especiales. Esta singularidad conlleva relevantes consecuencias para las técnicas de tipificación y para la Política Criminal¹⁵. Sin embargo, el hecho de que los tipos penales estén contenidos en el CP no significa que el intérprete pueda soslayar la ingente normativa

¹³ Aunque las distintas opciones legislativas no corresponden a la distinción entre injusto penal e injusto administrativo, casi todos los países han elegido entre esas tres opciones para sancionar las infracciones económicas. En realidad, la selección del cuerpo legislativo entre la opción CP o leyes especiales, normalmente se ha debido a la especificidad de la materia a tratar. Formalmente el órgano que las aplica y el procedimiento especial ha caracterizado la opción administrativa. Por ejemplo, mientras en Alemania las infracciones de la competencia se consideran propias de la legislación penal especial, en España las normas que regulan la competencia y sus infracciones son consideradas administrativas. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece cuáles son las conductas prohibidas, el procedimiento y el órgano encargado de aplicar la Ley que es la Comisión Nacional de la Competencia.

¹⁴ Entre los criterios generales, juegan las ventajas e inconvenientes de las dos opciones, fundamentalmente para hacer frente a las infracciones de orden socioeconómico (tributarias, societarias, medio ambiente, laborales, etc.). Entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención, dando fe del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. Por el contrario, entre sus desventajas deben evocarse la imposibilidad de imponer la sanción de manera pública, con desmedro en el efecto motivador de las conductas.

¹⁵ Cfr. Aunque no corresponde a nuestra tradición histórica la utilización de leyes penales especiales, lo cierto es que existen materias muy complejas que ameritan un tratamiento sistemático especializado como lo serían los delitos socioeconómicos que normalmente están acompañados de una normativa extrapenal rica. Cfr. sobre esta discusión Donini, M., (Dir.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*, Milano: Giuffrè, 2003, *passim*, teniendo en cuenta que en Italia prácticamente toda la legislación penal económica se ha desarrollado en leyes especiales, quedando el núcleo de los delitos clásicos en el Código Rocco de 1930. En contra de las leyes especiales TERRADILLOS BASOCO, J., «Per un modelo pancodisististico: l'esperienza spagnola», en Donini, M. (Dir.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*, Giuffrè, 2003, pp. 113 ss. Sobre las dificultades del modelo español, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., «Luci e ombre dell modello spagnolo», en Donini, M. (Dir.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*, Giuffrè, 2003, pp. 101 ss.

extrapenal que, especialmente en los delitos socioeconómicos, está obligado a considerar, ni que esta normativa extrapenal deba desdibujar los contornos del ilícito penal. Precisamente dicha normativa extrapenal es la que da el contenido de la antijuricidad al tipo penal y establece los límites del riesgo permitido. El bien jurídico, por tanto, es el mismo. Es más, suele ser el Derecho Administrativo sancionador el que configura sus contornos jurídicos porque suelen ser objetos jurídicos sometidos a una actividad de riesgo y, por tanto, los niveles de protección estatal están dibujados por el Derecho sectorial¹⁶.

Existe una amplia tradición jurídica en Alemania, España e Italia de concebir un concepto amplio de *ius puniendi* acogiendo tanto a infracciones penales como administrativas, que rige para la imposición de las penas y las sanciones administrativas. Así, el TC en STC núm. 18/1987, ha sostenido que estamos ante un *ius puniendi* general que se expresa indistintamente en un Derecho Administrativo sancionador o en el Derecho Penal, esto es, que el Estado puede ejercer la potestad punitiva tanto con penas como con sanciones administrativas. Los especialistas del Derecho Administrativo también asumen esta concepción: la idea de que tanto las sanciones penales como las administrativas constituyen instrumentos punitivos en manos del Estado para tutelar la observancia del ordenamiento jurídico y, por tanto, los bienes e intereses que dicho ordenamiento reconoce y garantiza. Penas y sanciones administrativas tienen un sustrato común porque ambas son castigos que imponen los órganos del Estado. Por eso se someten necesariamente a un reducido núcleo común de principios y reglas, que no derivan tanto del Derecho penal cuanto del propio texto constitucional y, más concretamente, de la naturaleza misma de las sanciones propias de un Estado de Derecho¹⁷.

En consonancia se encuentra la concepción de la «materia penal» por parte del TEDH que, para evitar que vía fraude de etiquetas (*nomen iuris*) se puedan soslayar garantías básicas del debido proceso propias del art. 6 de la CEDH, ha desarrollado una jurisprudencia que comprende una categoría amplia de sanciones punitivas, a las que hay que aplicar

¹⁶ Un buen ejemplo de ello es la normativa medioambiental respecto a los delitos medioambientales. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Delitos medioambientales y responsabilidad penal de las personas jurídicas: el daño ambiental», en Vicente Remesal *et. al.* (Dirs.), *Libro Homenaje a Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, 2020, Vol. II, pp. 2007 ss.

¹⁷ Siguiendo a, entre otros, Rebollo Puig y Díez-Picaso Giménez, Cfr. CANO CAMPOS, T., «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en Bauzá Martorell, F., (Dir.), *Derecho administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch-Walter Kluwer, 2017, p. 214.

garantías similares. Esta concepción también ha sido seguida por TJUE y, por tanto, ha de servir de guía para la interpretación de las Decisiones Marco de la UE que instan a los Estados a considerar en su ordenamiento nacional «sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias» para las personas jurídicas cuando se cometan delitos desde las mismas, por las materias en que se requiere una armonización penal, como delitos contra el medio ambiente, tributarios, financiación del terrorismo, fraude de subvenciones, etc.

Hoy en día la normativa que da contenido a todos estos bienes jurídicos es una normativa en red o multinivel, en la que intervienen normativa de la UE, recomendaciones internacionales, normativa autonómica, etc. El interés tutelado, la gestión del riesgo en sociedad avanzadas, requieren de una compleja normatividad, donde el bien jurídico es uno, la materia prohibida perfilada por reglamentaciones y el Derecho Penal se presenta como el último bastión. Lo que sí resulta contrario a la lógica jurídica es diseñar una materia prohibida y luego diferenciar los sujetos obligados por la misma según distintas ramas del ordenamiento, como sucede en los países que no reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas y frente a una deuda tributaria considerable, por ejemplo, se le exija responsabilidad al sujeto persona física y no al sujeto persona jurídica. La misma perplejidad puede plantearse frente a un accidente laboral, o un daño ambiental.

En suma, dentro de los parámetros que deben considerarse propios de la materia penal, esto es, la elección de la etiqueta de «criminal» (estigma más fuerte de todas las formas de control social), debemos guiarnos por dos principios: 1.º Principio de ofensividad, que impone la prospectiva de *ultima ratio*; y 2.º Principio de proporcionalidad de la sanción respecto de la infracción, que impone un balance entre la ofensa y la respuesta sancionatoria¹⁸.

III. ¿Por qué ha de ser *penal* esta responsabilidad?

En el campo del Derecho Penal Económico, no es posible soslayar que la percepción social de la nocividad de ciertos comportamientos del mundo de los negocios ha ido a la par con la aplicación de los tipos penales correspondientes. Especialmente perceptible es ello en el trata-

¹⁸ Vid. claramente MANES, «Profili e confini delle illecito para-penale», en DONINI/FOFFANI, *La «materia penale» tra Diritto Nazionale ed Europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 181.

miento de la corrupción. Comportamientos que con anterioridad eran calificados de *normales*, como los pagos de comisiones, regalos de empresa, utilización abusiva de influencias o de información en el mercado, etc., empiezan a ser percibidos por la ciudadanía como dañinos para la Sociedad, en correspondencia con su tipificación penal. Esto demuestra la capacidad configuradora del orden penal y el poder significativo de la sanción penal (el poder de definición).

Especialmente después de la crisis financiera del 2008, la sociedad ha podido percibir la nocividad de los fraudes, falsedades contables y demás fechorías realizadas desde las empresas para obtener grandes ganancias traspasando todos los límites legales y de la ética en los negocios. La corrupción corporativa parecía inocua hasta entonces, pero se empiezan a visibilizar los efectos tremendos en la ciudadanía de la crisis económica causada desde la caída de Lehman Brothers. Comienza un movimiento neo-regulador, pues se aprecia que no es suficiente el compromiso de buenas prácticas, la responsabilidad social corporativa o buenas palabras y se instaura un clamor por disciplinar a las empresas e introducir la ética en los mercados. Pero este afán sancionador venía desde el caso Enron y el campante neoliberalismo de los años noventa y dos mil. El recordado Vogel decía en 2004: «El precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad (*responsability*)... un Pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas»¹⁹.

El delincuente económico se mueve en el mundo de los negocios en una relación coste-beneficios. En un tráfico económico marcado fuertemente por la competitividad, la tentación de traspasar las líneas rojas de la legalidad es muy grande. Si no tiene coste la ilegalidad, se produce un efecto llamada que, reiterado en el tiempo, puede dar lugar a la comisión de delitos. Muchos de los delitos empiezan por pequeñas infracciones, no percibidas o sancionadas por los órganos controladores administrativos, que finalmente desembocan en lesiones a bienes jurídicos. Como bien decía Arroyo: «lo que ocurrirá normalmente que este deterioro, la lesión entendida en sentido naturalístico, no podrá ser imputado a un determinado comportamiento. Lo normal es que la lesión sea producto de una reiteración generalizada de comportamientos

¹⁹ VOGEL, J., «Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas», en Mir Puig, S./ Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), *La Política Criminal en Europa*, Atelier, 2004, p. 130.

que infringen la normativa básica del sistema»²⁰. De ahí las dificultades para individualizar responsabilidades asumiendo que personas concretas completen el tipo objetivo y el tipo subjetivo de un tipo penal, por lo que se producen dos extremos: o se carga toda la responsabilidad en una o varias personas concretas (caso Colza, caso Prestige), o se produce la impunidad de los comportamientos delictivos (incontables casos).

El desafío presente consiste en prevenir más eficazmente las conductas generadoras de riesgos para bienes jurídicos que se producen en el seno de organizaciones complejas (personas jurídicas: empresas, partidos políticos, ONGs, etc), a través de mecanismos de imputación de responsabilidad con garantías. Obviamente no sólo desde el Derecho Penal, pero sí con el Derecho en general y para las conductas más graves (principio de fragmentariedad), si es necesario y merecedor, con el Derecho Penal. El fundamento de esta postura me parece verlo en Ihering, para quien el jurista práctico es el que impulsa el Derecho, mientras que el teórico se debe limitar a clasificar los resultados del primero²¹. En su Lección Inaugural de 1868 para acceder a la cátedra de la Universidad de Viena, este jurista del siglo XIX ponía de relieve que el Derecho no puede quedar reducido a conceptos jurídicos, sino que detrás están intereses concretos. Conciliando la Historia, la Filosofía y el Derecho, considera que el jurista debe tener presente este «trío mágico», es decir, desde una visión de la vida práctica (la historia), el científico del Derecho debe construir categorías bajo el ideal de Justicia (la filosofía)²².

IV. El asunto de las garantías y las categorías: Las personas jurídicas tienen derecho y deber a que se les castigue penalmente

Los intentos por configurar unos linderos nítidos entre infracciones penales e infracciones administrativas han sido hasta ahora vanos. No

²⁰ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal Económico y Constitución», ob. cit., p. 8.

²¹ IHERING, R., *¿Es el Derecho una ciencia?*, Comares, 2002, p. 21.

²² Cfr. esta interpretación en diversos pasajes de su discurso, *vid.* IHERING, R., *¿Es el Derecho una ciencia?*, ob. cit.: «la Ciencia del Derecho práctica debe ser el punto de partida de toda Ciencia del Derecho» (p. 79); «los conceptos existen por la vida y deben legitimar las condiciones que la vida, para su uso, ha encontrado» (p. 80); «el concepto, de manera breve, debe elevar la práctica a forma de conciencia... la praxis conduciendo y avanzando, la teoría siguiéndola y dando forma correcta, a lo que aquélla ha conquistado» (p. 89).

existe una sustancia de lo criminal. No existen *delitos naturales*²³, no hay un concepto sustancial de lo que es delito, ni de lo que es propiamente *penal*. No lo encontramos ni en la naturaleza de las cosas, ni en lo que el legislador expresa en la ley (*nomen iuris*), menos aún en las funciones del Derecho Penal que son amplias y variadas y colindan con otras incluso del Derecho privado como la responsabilidad civil. No existen comportamientos al que se pueda adjetivar el concepto *penal*, sin que exista un componente valorativo difícil de racionalizar. En este panorama de cierto relativismo se impone poner orden ante esta desordenada complejidad²⁴.

Las respuestas han de venir necesariamente de la reflexión teórica. El profesor Palazzo, a propósito de la reflexión sobre la definición de la «materia penal» propio del TEDH y la cuestión de ¿qué es sustancialmente penal?, reflexiona que se trata de un concepto relacional: los objetos de protección no pueden ser identificados como tales por sí mismos, sino en relación con la pena. Por tanto, «es la pena la que predica de lo que protege y, por consiguiente, merece o no castigo punitivo»²⁵. El autor reafirma que, en nuestra disciplina, es la pena la que da categoría conceptual y cultural al comportamiento que se pretende evitar. Por consiguiente, *garantías penales* y *categorías penales* son predicables por el etiquetamiento y la carga moral del reproche de la pena; además, ambas están intrínsecamente relacionadas.

²³ El profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., nos recuerda en *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», Universidad de Salamanca, 2018, pp. 19-21, que el fraile zamorano Alfonso de Castro, publicó en 1550 *De potestatis legis poenalis*, que es la primera reflexión sobre el derecho de castigar realizada en España. En dicha obra Alfonso de Castro consideró que la justificación del carácter delictivo de una conducta se plasmaba en el *quia peccatum est*, lo cual conllevaba que los delitos más graves fueran los de lesa majestad divina y humana. A partir de esta justificación del delito en el pecado, realizó una triple clasificación de las leyes: las morales, las puramente penales y las mixtas. Las morales no establecían penas, quedaban fuera del Derecho Penal, solo eran objeto de reproche religioso. Las mixtas, que eran la mayoría, tenían el doble reproche, moral y penal. Mientras que las denominadas «leyes meramente penales» solo eran acreedoras del castigo de la pena. Ya que en éstas la realización de la conducta no era pecado, sino «únicamente una desobediencia a la ley, esto es, a un mandato real, no a un mandato de la divinidad» (p. 21). La Historia nos enseña que las clasificaciones entre los delitos han ido cambiando de acuerdo a consideraciones propias del momento social y político. Por tanto, son contingentes.

²⁴ Como se plantea FIANDACA, G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p. 186: ¿Será posible en un futuro reducir esta extraordinaria complejidad y encontrar un hilo unitario en la multiplicidad, diseñado sobre proyectos de reforma de amplia base, en los que exista un reparto más racional de competencias entre la justicia penal y la gestión de los fenómenos criminales y otras formas de desviación?

²⁵ PALAZZO, F., «Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"», en DONINI, M./FOFFANI, G., *La «materia penale» tra Diritto Nazionale ed Europeo*, Giappichelli, 2018, p. 10.

Ahora bien, finalmente siempre nos topamos con el principio de culpabilidad (principio de dolo o culpa/principio de personalidad de las penas) y la culpabilidad de las personas jurídicas como principal objeto de discusión, cuando afrontamos el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ciertamente las personas jurídicas no son sujetos de carne y hueso observables por el mundo físico y requieren de actuaciones de personas físicas, por tanto, los principios y categorías diseñadas por la teoría del delito para las personas humanas no pueden trasvasarse automáticamente a la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero sí son sujetos de obligaciones jurídicas que, en los casos en que por su actuación producen un daño social tipificado como delito, deben responder, esto es, debe asociársele una pena al igual que a cualquier ciudadano. Por consiguiente, las personas jurídicas tienen el *deber* de responder por sus decisiones y actuaciones, realizadas como organización, adoptadas por quienes tienen el poder de decisión (normalmente los directivos), más allá de las actuaciones particulares de sus miembros, con el instrumento más contundente que posee el Estado, en los casos graves (conductas dolosas/imprudencia grave). El reproche o fundamento de la culpabilidad puede ir desde la mala gestión del riesgo (defecto de organización) a la actitud criminal de grupo, presentándose en la realidad todo un abanico de posibilidades²⁶.

Pero también tienen las personas jurídicas el *derecho* a que se les sancione con los estándares propios de la imposición de una pena (garantías sustantivas y procesales²⁷), como hace más de veinte años reclama Arroyo. Como recuerda Marinucci: «existe una apremiante razón jurídica, el principio de igualdad, que resulta favorable al pasaje de la responsabilidad administrativa a la responsabilidad penal»²⁸.

²⁶ Resulta interesante la coincidencia de conceptos desarrollados históricamente desde diversos ámbitos como *compliance*, culpa organizacional, defecto de organización, *due diligence*, gestión de los riesgos, imputación objetiva, imprudencia, en los que converge el principio de quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo o gestionarlo, sino debe responder cuando se produzca un resultado dañino para la sociedad. *Vid.* más ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, 2020, pp. 409 ss.

²⁷ Importante desarrollar las garantías procesales pues precisamente los estándares penales se entienden para garantizar un debido proceso y la presunción de inocencia. *Cfr.* NEIRA PENA, A., «La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas», en PÉREZ-CRUZ/NEIRA PENA, A., *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2017, pp. 267 ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 222 y ss.

²⁸ MARINUCCI, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en GARCÍA VALDÉS, C. et al. (Dirs.), *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, Edisofer, Vol. I, p. 1199.

