

Estado actual del derecho penal y la política criminal española

Luis de las Heras Vives



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914



Luis de las Heras Vives (Tarragona 1990) es Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (2018) con la tesis doctoral «La protección penal de la intimidad» dirigida por el Profesor Fermín Morales Prats que fue calificada de sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal. Y Máster of Laws (LL.M.) por el Instituto Superior de Derecho y Economía (2015) con la calificación de sobresaliente y premio extraordinario.

Abogado en ejercicio de los Ilustres Colegios de la Abogacía de Madrid y Barcelona y socio del despacho profesional Durán & Durán Abogados Penalistas.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) y miembro del claustro de su Facultad de Derecho. Además es vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE).

Es autor de más de treinta publicaciones en el ámbito de la Dogmática penal y la Política criminal, los Derechos de la personalidad y sobre Derecho y Literatura, entre las que destacan, su estudio sobre la protección del derecho al honor en el ordenamiento norteamericano (Thomson Reuters-Aranzadi) y en el código penal español (revista Derecho y Proceso Penal); los delitos contra los derechos y deberes familiares (Tirant lo Blanch); o su estudio sobre el corpus literario de Franz Kafka en la obra «El Mundo jurídico en Franz Kafka. El Proceso», publicada en 2019 por la editorial Dykinson en coautoría con el Prof. Obarrio Moreno.

Miembro del Comité editorial de la revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana y del Consejo de Redacción de la Revista Boliviana de Derecho.

Estado actual del derecho penal y la política criminal española

Excmo. Sr. Dr. Luis de las Heras Vives

Estado actual del derecho penal y la política criminal española

Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como
Académico Numerario, en el acto de su recepción
el 14 de marzo de 2023

por

Excmo. Sr. Dr. Luis de las Heras Vives
Doctor en Derecho

y contestación de la Académico Numerario

Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats
Doctor en Derecho

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors
BARCELONA · 1914

www.raed.academy

© Luis de las Heras Vives

© Real Academia Europea de Doctores

La Real Academia Europea de Doctores, respetando como criterio de autor las opiniones expuestas en sus publicaciones, no se hace ni responsable ni solidaria.

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, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

Producción Gráfica: Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Impreso en papel offset blanco Superior por la Real Academia Europea de Doctores.

ISBN: 978-84-09-48636-6

D.L: B-5633-2023

Impreso en España –Printed in Spain- Barcelona

Fecha de publicación: marzo 2023

❧ PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

Excmo. Sr. Presidente,
Excmos. Señores Académicos,
Señoras y Señores,

Amigos todos:

Constituye para mí un honor comparecer hoy ante esta centenaria Real Corporación a la que tengo el honor de incorporarme como Académico de Número electo. En consecuencia, mi agradecimiento al Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Europea de Doctores, Dr. Alfredo Rocafort Nicolau, y a todos los Excmos. Señores Académicos que la conforman por haberme otorgado el privilegio de formar parte de ella.

En este momento, y con carácter protagonista, es justo y necesario manifestar mi gratitud al Excmo. Sr. Académico, Dr. Fermín Morales Prats, tanto por apoyar inicialmente mi candidatura a esta distinguida Academia y en cuya representación hoy pronunciará el discurso de contestación, como por su magisterio y, sobre todo, su generosidad. Sin mi Maestro este acto de ingreso no sería posible y tampoco otras muchas de las que le debo eterno agradecimiento.

Igualmente debo recordar en este momento al Prof. Dr. D. José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, al que le agradezco sus doctas enseñanzas del derecho privado y, sobre todo, su generosidad al embarcarme en la fundación del Instituto de Derecho Iberoamericano.

También manifiesto mi gratitud al Prof. Dr. D. Alfredo Obarrío Moreno, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia, en quien siempre he hallado una opinión serena ante las zozobras de la vida y ha infundido en mí la pasión por el Derecho y la Literatura.

Gratitud a Miguel Durán Campos y Miguel Ángel Durán Muñoz porque han sido expresión de generosidad desde el primer día que me acogieron en su Despacho. A ellos debo mi carrera profesional.

Y dejo para el final, aunque son principio, a mi familia, especialmente a mi madre, Celsa Vives de Arpe, porque con su infatigable esfuerzo y dedicación a mi educación ha hecho de mí una persona fuerte. Y a mi mujer por su amor, paciencia y comprensión.

Concluyo aquí los agradecimientos y procedo a dar lectura al discurso de recepción como Académico de Número de esta Real Corporación.



ÍNDICE

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS.....	7
DISCURSO DE INGRESO	11
1. EL DERECHO PENAL	11
1.1 El Derecho penal como filosofía	14
1.2 <i>Ius poenale</i> y <i>ius puniendi</i>	14
1.3 La afirmación o negación del <i>ius puniendi</i> del Estado	17
2. LA POLÍTICA CRIMINAL.....	19
2.1 Significado y contenido.....	19
2.2 Las teorías de la pena	22
2.2.1 Las teorías absolutas o teorías de la retribución	27
2.2.2 La teoría de la prevención especial.....	31
2.2.3 La teoría de la prevención general.....	37
2.2.4 Las teorías de la unión. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención (Roxin).....	40
2.2.5 La pena como confirmación de la realidad de las normas (Jakobs)	46
2.2.6 Una teoría prismática de la pena.....	50
2.3 Las medidas de seguridad como prevención de los sujetos peligrosos	52
3. LÍMITES A LA POTESTAD PUNITIVA.....	55
3.1 El garantismo penal	55
3.2 El principio de legalidad	65
3.3 El principio de protección de bienes jurídicos	66
3.4 El principio de culpabilidad y peligrosidad.....	70
4. ALGUNAS MANIFESTACIONES RECIENTES DE LA POTESTAD PUNITIVA.....	75
4.1. La difusión de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima (art. 197.7 CP)	75

4.1.1. La creación del delito (2015).....	75
4.1.2 La expansión del delito (2022)	86
4.2 El delito acoso (art. 172 ter CP) desde la mirada de Orwell	89
4.3 Las agresiones sexuales o el ocaso de la razón penal.....	100
4.4 La malversación del patrimonio público como peaje a ninguna parte.....	106
4.4.1 La regulación actual (2023).....	106
4.4.2 La regulación de 2015 a 2023	109
4.4.3 Un descrédito para nada.....	109
4.5 Cuestión cuodlibetal: derecho procesal penal simbólico y la presunción de inocencia	114
5. EPÍLOGO	127
BIBLIOGRAFÍA	131
DISCURSO DE CONTESTACIÓN.....	139
Publicaciones de la Real Academia Europea de Doctores.....	169



❧ 1. EL DERECHO PENAL

1.1 El Derecho penal como filosofía

Nos recuerda BETTIOL en su clásica obra “*Il problema penale*”¹, cuya primera edición vio la luz en 1945, que el *Derecho penal es una filosofía* en tanto que es algo más que un conjunto de reglas y principios que disciplinan los delitos y las penas², es decir, las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de esas prohibiciones. Y ello es obvio porque aún en la forma más primaria que se conciba, a toda agrupación de personas más o menos estable le interesa la existencia de un catálogo de conductas prohibidas y el castigo asociado a su transgresión. Así, cuando aludimos a la expresión «Derecho penal», sin perjuicio de prolijos debates en torno a su contenido o evolución, no nos parece desacertado en este momento inicial – según nuestra convicción– afirmar que nos referimos al *conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, la pena, como legítima consecuencia*³. Definición que de suyo implica la necesaria preocupación del Derecho penal por el sustrato social desde el que emerge y consiguientemente la búsqueda de su fundamento y validez, pues es obvio que ese *conjunto de reglas* se establece conforme una realidad social determinada⁴ y no por mera generación espontánea.

1 BETTIOL, G.: *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

2 BETTIOL, G.: *El problema penal*, op. cit., p. 25.

3 VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal. Tomo Primero*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, p. 1. En la actualidad habría que añadir también como presupuesto los estados peligrosos y como consecuencia las medidas de seguridad.

4 Alude VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p.1, a que, con referencia a Ihering, ante todo “El Derecho es la política del poder” y, en consecuencia, “el Derecho

La política y el derecho penal no son, pues, realidades o segmentos del conocimiento ajenos el uno al otro, sino que se atraen en cuanto descansan inevitablemente en el propio hombre. De forma tal que la primera inspira al segundo, pues, la política es la filosofía de los asuntos del hombre. Por tanto, la fenomenología del derecho penal difícilmente podrá ser concebida desde postulados no antropocentristas y, sobre todo, sin su vinculación con la filosofía de la acción humana, pues, coincido con WELZEL en que no sólo “[e]s misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia “práctica”, sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica”⁵.

De manera que si el derecho, normativamente comprendido, se concibe como el conjunto de reglas que ordenan nuestra coexistencia, el derecho penal vigente en una democracia no deja de ser un reflejo de la respuesta punitiva que los ciudadanos desde su convicción política reclaman⁶. Se comprende, entonces, que el objeto del derecho penal se asocie a la protección de los valores

público para castigar es el poder penal público, jurídicamente limitado”. Y si bien es cierto que el propio Von Liszt en su tratado afirma que el mismo “se limita a la exposición del Derecho penal vigente en Alemania” (p.2), no es menos cierto que para llegar al derecho penal vigente se ha tenido que necesariamente producir una construcción del catálogo de delitos; construcción que, evidentemente, podrá venir dada a través de muy distintas formas, por todas, imposición o consenso (concordia).

5 WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956, p. 1.

6 Para un Estado totalitario diremos que el Derecho penal vigente es la respuesta punitiva impuesta sin consenso por quien ostenta la fuerza para ello.

elementales de la sociedad⁷ con la finalidad de alcanzar un cierto grado de concordia entre todos los que la forman. Y de igual manera que en la matemática al número natural que es múltiplo común de dos o más números naturales se le denomina “mínimo común múltiplo”, es también predicable esta idea al objeto del derecho penal en la búsqueda de esa dimensión axiológica común mínima que inspire la política criminal vigente en cada momento. De hecho, en la exposición de motivos de nuestro Código Penal de 1995, llamado el “Código Penal de la democracia”, leemos que: *“El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar”*. Así se comprende, pues, las dos preguntas que BETTIOL se hacía a la hora de calificar el problema penal como un problema esencialmente filosófico: ¿Cuál es la naturaleza de la relación entre hombre y hombre; cuál la de la relación entre la libertad del individuo y la autoridad del grupo político al que pertenece? Y sobre estas dos preguntas reflexionaba que: *“[h]e aquí dos cuestiones filosóficas, amén de políticas, que postulan una toma de posición y una solución, si se quiere dar al Derecho penal un contenido y una razón de ser. Cuando, con todo, se habla de libertad, no se entiende sólo la exención de vínculos externos, sino también de vínculos internos, sin la cual el hombre como persona moral desaparece en la obscuridad. Es el último el punto de sutura entre el Derecho penal y la moral, o, mejor, la razón última por la cual se ha querido resolver el Derecho penal en esa parte de la ética social que postula una intervención estatal que castigue las acciones del hombre que comprometen una convivencia ordenada. Y cuando se habla de “punición” se entiende usar este término en un significado substancial que reclama el de “retribución”, de “reprobación” y de “castigo”*”⁸.

7 WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 1. Vid., también BETTIOL, G.: *El problema penal*, op. cit., p. 30.

8 BETTIOL, G.: *El problema penal*, op. cit., p. 30.

1.2 *Ius poenale y ius puniendi*

De cuanto acabamos de decir resulta obvio que cuando utilizamos la expresión «*Derecho penal*», en ella gravitan una pluralidad de significados acordes al prisma desde que se analice. Y si bien todas las teselas convergen y forman un mosaico, su distinción es relevante, precisamente, en orden al problema del derecho penal como filosofía y, por tanto, a las filosofías del derecho penal.

Desde un punto de vista lexicográfico, Derecho penal significa “*derecho que define las conductas que se consideran delitos o faltas y determina las penas o medidas de seguridad que han de imponerse a sus responsables*” (RAE). De hecho, esta definición folklórica⁹ nos pone en la pista de la pluralidad de enfoques con los que abordar esta cuestión y, con ellos, los distintos significados que tiene el significante.

Si hemos coincidido con VON LISZT con que *castigo* y *pena* son los dos elementos esenciales para comprender lo que es el Derecho penal, rápidamente se colige que otorgar protagonismo a uno u otro de estos elementos, en tanto que suponen una distinta faceta del problema penal, supone que bajo la expresión «Derecho penal» se encuentran dos formas de categorizar o comprender el significante.

El primer momento, indefectiblemente, lo encontramos a la hora de determinar qué conductas son constitutivas de *castigo*, es decir, que acciones u omisiones son contempladas como merecedoras de castigo. En consecuencia, el Derecho penal desde un enfoque estrictamente positivo u objetivo es el conjunto de

⁹ Decimos “folklórica” porque toda definición lexicográfica es esencialmente folklórica en tanto que “folklore” significa el conocimiento del pueblo. Y esto, en definitiva, es una definición lexicográfica.

normas penales que definen el delito (*ius poenale*). Así podemos decir que en España en 2023 el homicidio forma parte del catálogo de conductas prohibidas, pues el art. 138 CP establece que: “[e]l que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

El segundo momento viene asociado a la propia estructura de la norma penal en tanto que proposición hipotética: ¿Qué es lo que sucede cuando se verifica el supuesto de hecho previsto en la norma penal? Preguntémoslo desde la perspectiva del art. 138 CP ¿Qué es lo que sucede cuando un sujeto mata a otro? Ello nos transporta inmediatamente a la perspectiva de la consecuencia jurídica, es decir, del efecto derivado de la verificación del supuesto de hecho previsto en la proposición hipotética que constituye toda norma penal al definir un delito. Por tanto, si nos situamos ahora en el plano de la reacción a un determinado acontecimiento de la realidad, nos transportamos ante una dimensión subjetiva del Derecho penal. Y esta dimensión subjetiva del Derecho penal, también llamada *ius puniendi*, es el derecho a castigar.

Para no desenfocar lo que estamos diciendo, y asumiendo que nos situamos en el ámbito de un Estado, podemos decir que Derecho penal objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídico-positivas de Derecho público¹⁰ que al crimen o al estado peligroso, como hecho, asocian la pena o las medidas de seguridad, como legítima consecuencia¹¹. Y el Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) es la facultad o potestad del Estado¹²

10 En la medida de que el vínculo es entre el Estado (titular del *ius puniendi*) y el infractor de la norma penal.

11 Se trata, en definitiva, como decíamos *ut supra*, de la definición de VON LISZT adaptada a la vigencia de los estados peligrosos y las medidas de seguridad.

12 Vid., POLAINO NAVARRETE, M.: “Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm., 79,

para imponer penas y/o medidas de seguridad por la comisión de delitos o estados peligrosos.

QUINTERO OLIVARES, en su opúsculo «Represión penal y Estado de Derecho»¹³ ya advertía en 1976 que uno de los problemas alrededor de estas cuestiones era que “*el penalista se enfrenta al derecho penal situándose en el marco del llamado Ordenamiento jurídico positivo. Así situado, el problema del «ius puniendi» se desvanece notoriamente, pues desde aquella perspectiva el «ius puniendi» no es más que un reflejo en favor del Estado de derecho penal entendido en sentido objetivo, en la medida que éste presupone una fuente de origen y requiere la existencia de una fuerza que lo aplique; mas el estudio se limita a ese marco «objetivizado», como premisa única de la que hay que partir para toda discusión*”¹⁴. Transcurrido casi medio siglo desde entonces, el problema es el mismo, hoy muchas de las veces no se estudia Derecho Penal, sino el Código Penal¹⁵. Y, por tanto, el penalista sólo se enfrenta la dimensión más contingente, es decir, a la del estudio de la Ley penal vigente y, por tanto, “*renuncia a ocuparse de la raíz política de los delitos y las penas*”¹⁶.

Si volvemos al ejemplo del homicidio, que el art. 138 CP afirma que “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”, significa que el Estado español ha querido ser titular de un poder, de una facul-

2005, p. 78. Además el autor recuerda la cita de HANS SCHULTZ sobre la pena como “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres”.

13 QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, Dirosa, Barcelona, 1976.

14 QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, op. cit., p. 28.

15 QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, op. cit., p. 28: “Semejante proceder recuerda al de aquel jurista francés que ufanamente afirmaba «yo no explico derecho civil, yo explico el Código Napoleón»”.

16 QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, op. cit., p. 29.

tad de imponer una pena de diez a quince años al que matare a otro. Por tanto, y rectamente entendido, el *ius puniendi* es un proceso anterior al *ius poenale*. La norma penal del art. 138 CP sólo se entiende desde un proceso previo y anterior a la promulgación formal de la norma basado en el interés del Estado español en tener esa facultad de imponer un castigo cuando se verifique, eso sí, la transgresión de la prohibición prevista en la norma penal. Y de ello se colige el necesario interés por indagar, conocer y comprender las razones por la que al Estado le interesa tener la facultad o potestad para castigar una determinada acción u omisión.

1.3 La afirmación o negación del *ius puniendi* del Estado

Hallar la razón por la que una persona en representación del Estado puede imponer un castigo a otra es una cuestión controvertida. Desde luego que desde un punto de vista mundano a nadie se le puede escapar que para coexistir de una forma mínimamente pacífica debe existir un sujeto -biológico o jurídico- que pueda imponer castigos a aquellos sujetos que se separan de las normas impuestas y que determinan el marco de convivencia. Si acudimos a una estructura social básica como es la familia se comprende perfectamente lo que estamos diciendo. Los padres ostentan la legitimación para castigar a su prole cuando estos llevan a cabo conductas que se separan del catálogo normativo doméstico. Y, a su vez, el catálogo normativo doméstico viene determinado por la proyección de un determinado marco convivencial que se aspira a lograr por parte de quienes ostentan el poder, es decir, los padres.

Sin perjuicio de las tesis anarquistas y utopistas, sí que podemos afirmar que existe hoy un consenso en que sólo el Estado debe ostentar la legitimidad para tener la potestad de castigar y, por

tanto, como recuerda SCHULTZ, *“la pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas”*¹⁷.



¹⁷ La cita se toma de ROXIN, C.: Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Reus, Madrid, 1981, p. 98

2. LA POLÍTICA CRIMINAL

2.1 Significado y contenido

Decíamos que los dos elementos sobre los que se vertebraba el Derecho Penal para VON LISZT era el crimen y la pena. Así, el *crimen*, como hecho perteneciente al Derecho Penal “*constituye una especie particular de lo injusto (del delito); es decir, la acción culpable e ilegal*”¹⁸; y la *pena*, como legítima consecuencia propia del Derecho Penal, “*se distingue de otras consecuencias legítimas de lo injusto en que representa una peculiar intromisión del Estado contra el culpable en sus bienes jurídicos (Rechtsgüter)*”¹⁹. De ahí que, para el citado autor, el crimen y la pena sean las dos ideas esenciales sobre las que se fundamenta el Derecho penal. Resultaba obvio para VON LISZT, por tanto, que el conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, situaba al problema penal en un segmento distinto al del Derecho vigente. Y es, precisamente, en el campo de lo metapositivo donde afloran las cuestiones del *fundamento* jurídico de la norma penal, los *fin*es del poder penal y el *origen* y la *naturaleza del crimen*; cuestiones estas que conforman el objeto de la política criminal²⁰. Por tanto, la política criminal “*nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir, pero también nos enseña a entender aquel, a la luz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares*”²¹.

18 VON LISZT, E: *Tratado de Derecho penal.*, op. cit., p. 1.

19 VON LISZT, E: *Tratado de Derecho penal.*, op. cit., pp. 1-2.

20 VON LISZT, E: *Tratado de Derecho penal.*, op. cit., p. 3.

21 VON LISZT, E: *Tratado de Derecho penal.*, op. cit., p. 3.

En definitiva, es cuestión de la política criminal determinar qué acciones u omisiones en cada momento deben reputarse como delictivas y, por tanto, merecedoras de un castigo²². Sin embargo, como ya tuve oportunidad de apuntar hace algún tiempo²³, no es extraño hoy advertir la desafección por lo concerniente a la juridificación del fenómeno punitivo. Pudiera pensarse entonces que el debate en torno a la determinación de qué conductas son delictivas, y su retribución (si bien esta cuestión es más propia de la *straffpolitik* o política penal), es superfluo u ocioso en favor de la dogmática que analiza el delito *per se* desde lo que pudiera calificarse como una visión pura del delito abstraída de la realidad. Sin embargo, ante la vesania legislativa derivada del clamor punitivo de las masas, el debate en torno a los *valores* deviene necesario para lograr trascender del tan de moda formalismo lógico que nos conduce a convertir en ininteligibles los problemas de nuestra disciplina. De hecho, si se me permite el reduccionismo a efectos expositivos, se trata de no caer en la mera abstracción del fenómeno punitivo, pues aunque resulta útil para la comprensión de las diferentes instituciones jurídicas desde el punto de vista conceptual, se puede incurrir en un excesivo rigorismo que distorsiona la visión de la realidad de la que derivan, pudiendo hacernos también olvidar que el Derecho—incluso el penal— es un medio al servicio del hombre y no un fin en sí mismo que le preexiste. De manera que el delito debe

22 En todo caso, como recuerdan HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 20: “la política criminal consiste en el conjunto de directrices y decisiones que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, prevenirla y reprimirla”. Ello significa, entonces, que la política criminal no se agota con el recurso al derecho penal, pues es perfectamente posible combatir la criminalidad a través de otros mecanismos como, v.gr., el educativo, económico o cultural (vid., *ibid.*, p. 21).

23 DE LAS HERAS VIVES, L.: *Protección penal de la intimidad*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2019, p. iii-iv.

ser considerado no sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico como manifestación de la ley positiva, sino también desde el sociológico y filosófico a partir del propio recorrido histórico que cada valor ha protagonizado.

Resulta obvio que la política criminal, por su propia definición, comporta la creación, gestión y aplicación de un heterogéneo grupo de medidas cuya finalidad es combatir la criminalidad. Así lo vemos, por ejemplo, en que esas medidas pueden ir desde la creación de nuevos delitos hasta las adopción de políticas educativas y sociales, como, v.gr., las que se canalizan a través del controvertido Ministerio de Igualdad. Sin embargo, el principal riesgo de la política criminal, como apuntan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, es que sus protagonistas, es decir, los políticos, la conviertan en una *“política criminal electoralista que con el fin de satisfacer las demandas del electorado (a veces manipuladas por los medios de comunicación), prometa soluciones a los problemas de la criminalidad y su control que no son factibles o incluso pueden ser contraproducentes”*²⁴.

No nos detendremos demasiado en esta cuestión dada su obviedad, pero el mejor ejemplo lo encontramos con la rigurosidad punitiva. El aumento de las penas satisface a las masas; su disminución no. Imaginemos un partido político que defendiera disminuir las penas mínimas en los delitos contra la libertad sexual, automáticamente la popularidad de ese partido político disminuiría. O busquemos un ejemplo extremo, supongamos un partido político que abogara, en términos similares a los que lo hacían Foucault, Hocquenghem y otros en la Francia de 1977, por la despenalización de las relaciones sexuales entre adultos y menores. Automáticamente ese partido político que-

²⁴ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, E.: *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, op. cit., p. 21.

daría denostado por las masas al ver incompatible esa decisión política con su sentir. Ello determina evidentemente que muchas de las decisiones político-criminales supongan buscar el equilibrio entre justicia, utilidad, viabilidad y popularidad de las penas.

2.2 Las teorías de la pena

Partamos de un axioma, al menos, hoy vigente: el crimen es inevitable mientras haya libertad. Sin embargo, ello en modo alguno significa que deba renunciarse a la búsqueda de un escenario en el que el crimen sea lo más escaso posible, pero siempre que libertad y seguridad alcancen una situación de equilibrio²⁵, pues tan indeseable es el propio crimen como la ausencia de libertad en pro de la seguridad. De hecho, muchos han sido quienes han situado la seguridad como núcleo central en la construcción de su obra política. Unas veces como principio para el ejercicio de los derechos y las libertades, y otras como fin absoluto del Estado. Incluso no han faltado quienes han apostado por la seguridad del Estado en detrimento de cualquier derecho o libertad individual. No obstante, cuando perdemos de vista la moral o la ética, cuando nos olvidamos de reflexionar sobre si una norma atiende al bien común o no, podemos caer en el riesgo de convertir la ideología en poder y el Derecho en un puro instrumento represivo.

Por otro lado, también conviene considerar que uno de los errores actuales más frecuentes consiste en centrar el análisis en torno a la forma determinada de los Estados y no a su ejercicio; como si la Democracia fuese el más potente de los antidotos contra el totalitarismo, sin embargo, como lúcidamente

25 HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, op. cit., p. 154.

advierte MONTEJANO, la auténtica garantía contra el totalitarismo es desarrollar las virtualidades del antiguo término «República», como forma de gobierno estructurada sobre una base federal, respetuosa del pluralismo social y de las libertades concretas de todos y cada uno de los ciudadanos, con una autoridad templada que encuentre sus límites en las exigencias de los principios de convivencia social y en la vitalidad de los grupos infrapolíticos²⁶.

Evidentemente ante la dicotomía Estado democrático o no democrático, preferible será la primera opción, mas lo cierto es que el adjetivo «democrático» no significa, en modo alguno, que en un Estado democrático no puedan observarse algunos detalles o aspectos más propios de los Estados totalitarios; y, del mismo modo, tampoco vayamos a pensar que en un Estado totalitario no puedan observarse características de los Estados democráticos, de hecho, desde el punto de vista del catálogo punitivo, habrá más aspectos comunes que distintos. Y en argumento de cuanto estoy diciendo, sea suficiente afirmar que el Código Penal franquista de 1973 estuvo vigente durante las dos primeras décadas de democracia constitucional con delitos como los del art. 172.1 CP/1973 que castigaba las asociaciones ilícitas que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública; o del art. 431 CP que castigaba con arresto mayor a quien ofendía el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia; precepto éste último que era utilizado para reprimir, por ejemplo, la homosexualidad, la sodomía, la fecundación artificial, nudismo, etc²⁷. Por tanto, “*el derecho positivo de*

26 MONTEJANO, B.: “El fin del estado: el bien común”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1976, núm. 3, p. 183.

27 Desde la doctrina se decía que “hacer depender la existencia o inexistencia del delito de la mayor o menor sensibilidad pudorosa de una persona estaría en contra del principio de legalidad y dejaría al arbitrio del sujeto pasivo la punibilidad de la conducta”, por lo que se entendía que había de hablarse de pudor público identificado con las buenas

un país concreto no se puede encuadrar, en la mayoría de los casos, plenamente en una u otra especie de ejercicio de potestad punitiva (democrática o no democrática)”²⁸.

Admitido que el crimen cero no existe, y, por tanto, que en toda sociedad se cometerán crímenes, sí que conviene reflexionar sobre el segundo gran eje del Derecho Penal, las penas, pues es evidente que estas forman parte de la política criminal en tanto que son la legítima reacción al crimen.

La primera pregunta que aflora ante esto es clara ¿Qué tipo de pena debe atribuirse a un crimen? De hecho, no faltan las opiniones de quienes consideran la necesidad de la pena de muerte como forma de combatir el crimen o, incluso, en base al principio ético de la generosidad abogan por la «eutanasia procesal»²⁹; o, sencillamente, la existencia de países en los que

costumbres, por lo que se comprendían un amplio catálogo de conductas como el nudismo, el exhibicionismo, la homosexualidad, la sodomía o la fecundación artificial. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1987, pp. 201-203.

28 QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, op. cit., p. 39.

29 El filósofo español Gustavo Bueno hablaría de “eutanasia procesal” en tanto que “pena de muerte” es un concepto confuso y oscuro, pues, muerto el sujeto ya no padece ninguna pena. Así, BUENO, G.: “Diez propuestas ‘desde la parte de España’ para el próximo milenio”, en *50 propuestas para el próximo milenio*, Ayuntamiento de Oviedo, Oviedo, 1997, pp. 47-93, proponía en la propuesta quinta la implantación de la eutanasia para asesinos convictos y confesos de crímenes horrendos y cuyo fundamento lo situaba el filósofo en el principio ético de la generosidad “interpretando tal operación no como pena de muerte, sino como un acto de generosidad de la sociedad para con el criminal convicto y confeso. En efecto, el autor considerado responsable de crímenes horrendos, o bien tiene conciencia de su maldad, o bien no la tiene en absoluto, e incluso, como si fuera un imbécil moral, se siente orgulloso de ella. En el supuesto de que fuese un imbécil moral sería necesario conseguir, mediante un tratamiento pedagógico adecuado, que el criminal alcanzase la conciencia plena de su culpa, y cuando la hubiera adquirido habría que aplicarle el mismo principio que utilizamos ante el criminal ya consciente de su culpa: que, por hipótesis, la conciencia de una culpa tan enorme habrá de significar una carga tan insostenible para el actor que el hecho de mantener en la vida al criminal (impidiéndole incluso el suicidio) constituirá la forma de venganza más refinada. Sólo mediante una “muerte dulce” podríamos aliviar al criminal de la carga de su culpa. Por supuesto, descartamos la aplicación a nuestro caso de la hipótesis de

la pena de muerte está todavía vigente como forma de combatir el crimen, por ejemplo, China y Estados Unidos.

En todo caso, tampoco debemos alarmarnos por tanto debate, pues “*el Derecho penal ha estado en crisis desde siempre*”³⁰. Hasta la más unánime y pacífica de las teorías puede cambiar. De hecho, y por poner un ejemplo, en la actualidad la pena de prisión nos parece la más común y normal de las penas, sin

*la rehabilitación: suponemos que el crimen horrendo compromete de tal modo la “identidad” del criminal –en gran medida por la representación que de ella tendrán también las demás personas– que su culpa no pueda ser expiada. No le aplicaremos la eutanasia, por tanto, por motivos de ejemplaridad (“para que el crimen no se repita”, que es la fórmula que utilizan mecánicamente, una y otra vez, muchos familiares de los que han sido asesinados por grupos terroristas o delincuentes comunes, haciendo de menos al asesinato recién cometido), sino por motivos de su propia personalidad responsable, una e irrepetible. Por otra parte nuestra propuesta de eutanasia procesal no la presentamos como un descubrimiento inaudito: podrían reinterpretarse desde su perspectiva algunas fórmulas estoicas así como también pensamientos procedentes de otras tradiciones. En el supuesto alternativo de que el criminal imbécil moral fuese resistente a todo género de recuperación de la conciencia de su culpa habría que sacar las consecuencias, destituyéndole de su condición de persona. Las consecuencias de esta situación cualquiera puede extraerlas con el simple recurso de las reglas de la lógica”. BUENO, G.: *Panfleto contra la democracia realmente existente*, Esfera, Madrid, 2004, p. 222-223, dice también sobre este asunto de la «eutanasia procesal» que con esta “no se trata de disuadir a nadie. Se trata de establecer la imposibilidad, en el terreno de los hechos, de que una persona que en virtud de la libertad se ha degradado hasta el grado cero por la comisión de un crimen horrendo pueda volver a ser reconocida como tal mediante su reintegración en la sociedad de personas. Es esa posibilidad de integración precisamente la que ha de considerarse como perversa, en cuanto implica la aberración de reconocer la posibilidad de que una persona que comete un crimen horrendo pueda seguir siendo persona en la sociedad de personas. Con todo ello, la ejecución capital se juzga tanto o más necesaria, por cuanto su objetivo no es tanto castigar (frente a las disculpas o atenuantes que puedan aducirse), ni tampoco disuadir, sino precisamente demostrar que no se admite ni siquiera la posibilidad de que una persona normal pueda cometer un crimen horrendo y seguir viviendo. En cierto modo, se trata de tener piedad ante unos individuos que no son capaces de suicidarse”. De hecho, para BUENO, incluso, la eutanasia procesal debería aplicarse a menores de edad adolescentes (ibíd., p. 223). En definitiva, sostiene que “el criminal horrendo ha fallecido (como persona que ha llegado al grado cero de su personalidad) antes de haber muerto (como organismo vivo). La ejecución (o el suicidio que regularmente acompaña al crimen horrendo) no podría por tanto producir el fallecimiento de una persona sino la muerte de una individualidad orgánica” (ibíd., pp. 223-224).*

30 BUENO ARÚS, F: *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 189.

embargo, su origen es relativamente reciente con ocasión de las posturas reformadoras del iluminismo, pues, no puede desconocerse que el mantenimiento de los ciudadanos o súbditos en prisión tiene un importante coste económico que era impensable para épocas anteriores y, por tanto, las penas se proyectaban bien hacia unos fines más útiles para el Poder, como era el caso de la esclavitud o trabajos forzados; bien a la mera causación de un daño físico o la muerte.

Lo que está meridianamente claro es que el castigo -la pena- es una necesidad porque *“el castigo nunca es sólo una reacción ante ciertos delitos y el perjuicio directo que causan porque, además de su función inmediata como medio para controlar el crimen, también tiene la de preservar el sistema, función que, en términos sociológicos, resulta esencial. Al reaccionar ante determinados delitos, la función del castigo es mantener el orden moral dominante e impedir su desgaste y colapso, de manera que, incluso si el precio de castigar un delito parece mayor que su perjuicio directo, siempre habrá otra consideración que haga contrapeso y señale la necesidad de aplicarlo”*³¹. Y apunta GARLAND que *“no castigar lo suficiente puede minar la soberanía y la autoridad del orden moral y legal, así como de las autoridades que lo sustentan”*³². Sin embargo, el problema, de una muy difícil solución, es determinar la cantidad óptima de castigo que suponga un equilibrio entre *dureza e impunidad*.

Sea como fuere, lo cierto es que el debate acerca de las penas es un debate sin solución, o, si se prefiere, sin consenso; mas ello no significa que no podamos tratar de identificar algunos elementos que nos permitan llegar a una serie de consideraciones

31 GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna*, Siglo veintiuno editores, México, 1999, p. 79; que, a su vez, se apoya en las tesis de Durkheim.

32 GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna*, op. cit., p. 80.

de orden práctico en el contexto de nuestra realidad actual.

En la historia del debate acerca del fundamento de las penas, la primera gran postura la encontramos en las «teorías absolutas» cuyos máximos exponentes fueron Kant y Hegel.

2.2.1 Las teorías absolutas³³ o teorías de la retribución

La obra de referencia de Kant (1724-1804) sobre esta cuestión es la *Metafísica de las costumbres* (1797)³⁴, concretamente, dentro de la primera parte -los principios metafísicos de la doctrina del derecho-, la relativa al “derecho penal y del derecho de gracia”³⁵. En ella, Kant define la pena judicial (*poena forensis*) como el mecanismo a través del que el vicio se castiga a sí mismo³⁶ y que, en ningún caso, con ella se puede promover otro bien, ya sea para el propio delincuente, ya sea para la sociedad, sino que la pena, en todo caso, se impone por el simple hecho de haber delinquido. Y en cuanto a qué tipo y qué grado de castigo, Kant opta por el principio de igualdad de forma que “*el mal no debido que infliges a otro en el pueblo, éste te lo estás infligiendo tú a ti mismo; injurias al prójimo, entonces te injurias a ti mismo; le robas, te estás robando a ti mismo; le golpeas, te estás golpeando a ti mismo; lo matas, entonces te estás matando a ti mismo. Sólo el derecho del talión (ius talionis), pero, entiéndase bien, en la sala de un tribunal (y no en términos de una justicia privada tuya), puede proporcionar*

33 Como recuerda ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, Civitas, Madrid, 1997, p. 82, se habla de «teorías absolutas» en la medida de que el término procede del lat. *absolutus* que significa desvinculado. Así estas teorías son absolutas porque sitúan a la pena totalmente desvinculada de un efecto social.

34 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres (traducción, introducción, notas y comentarios por Manuel Jiménez Redondo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

35 También puede encontrarse alguna referencia en la Fundamentación de la metafísica de las costumbres y en sus lecciones de ética, pero que no vamos a abordar para no extenderlos demasiado.

36 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 199.

*determinadamente la cualidad y cantidad del castigo; pues todos los demás criterios oscilan de acá para allá y de allá para acá, y no pueden, al entrometerse consideraciones de otro tipo, contener ninguna adecuación a lo que es la sentencia de la justicia pura y estricta*³⁷. La Ley penal para Kant es un imperativo categórico³⁸ y, por tanto, la no imposición de la pena al que ha delinquido supone la muerte de la justicia. Así, grafico resulta el célebre razonamiento kantiano cifrado en los siguientes términos: “*Incluso si una sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (porque un pueblo que habitase una isla decidiera disgregarse y dispersarse por todo el mundo), habría de ejecutarse antes a todo asesino que se encontrase en prisión, a fin de que cada cual sufriese aquello de lo que le hacen merecedor sus actos, y el delito de sangre no siguiese pesando sobre el pueblo que no exigió hasta el final el cumplimiento de ese castigo; pues puede considerársele cómplice de esa vulneración pública de la justicia*”³⁹.

En su obra, Kant, incluso lanzaría una hiriente crítica a Beccaria a quien le achacaba una de *sensiblería compasiva* a la hora de censurar la pena capital. En este sentido, el de Königsberg apunta que los razonamientos de Beccaria eran puros sofismas y tergiversaciones. Consideraba Beccaria que la pena de muerte no podía estar en el contrato civil original porque ni expresamente lo han consentido los contratantes ni ese consentimiento habría sido posible porque nadie puede disponer sobre su propia vida. Y ante esto -y con razón en este concreto aspecto- Kant afirmaba que quien sufre un castigo no lo hace porque ha querido el castigo, sino porque ha cometido una acción punible⁴⁰. En definitiva, la pena para Kant es puro castigo.

37 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 200.

38 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 200.

39 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 201.

40 KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 203.

En cuanto a Hegel (1770-1831), todas estas cuestiones, y cuyas conclusiones serían similares a las de Kant⁴¹, son abordadas en su obra *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1821)⁴². Para Hegel el delito es la eliminación del derecho⁴³, es decir, la negación del Derecho (el delito se comprende en tanto se opone al Derecho); y la pena es la eliminación (*aufhebung*) de la lesión o negación de la negación (la pena restaura el Derecho)⁴⁴. Por tanto, se comprende así que afirmara Hegel que: “*sería imposible para la sociedad dejar impune al delito, porque entonces sería puesto como derecho*”⁴⁵.

Esta concepción del delito y la pena explica la crítica que Hegel hace a Feuerbach (que consideraba la pena como una amenaza⁴⁶) afirmando que la tesis de este “*presupone a los hombres como no libres y quiere coaccionarlos mediante la representación de un mal. Pero el derecho y la juridicidad tienen que tener su sede en la libertad y la voluntad y no en la no-libertad, a la que recurre la amenaza. Ocurre con la fundamentación de la pena de este modo como cuando uno levanta el garrote frente a un perro, y el hombre ya no es tratado según su honor y libertad, sino como un perro. Pero la amenaza, que en el fondo puede indignar al hombre, de modo que él demuestre su libertad frente a ella, descarta totalmente la*

41 La principal diferencia con Kant es en cuanto a qué tipo y qué grado de castigo se impone al criminal. Así como el primero veíamos que resolvía esta cuestión por el principio de igualdad de la Ley del talión, Hegel utiliza la fórmula de la equivalencia de delito y pena.

42 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, Biblioteca nueva, Madrid, 2000.

43 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 166. Un acto de la voluntad (del criminal) contra otra voluntad (la del Derecho). Vid., § 95 y § 99.

44 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 172. Vid. § 101.

45 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 279.

46 Para Feuerbach la pena era una amenaza previamente conocida y, por tanto, si pese a tal advertencia se comete el delito, tiene que seguirse el castigo ya que el delincuente había conocido previamente la pena. Hegel objeta, en síntesis, que eso es tratar a los hombres como a los perros que se les enseña un palo. Vid., HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 170.

*juridicidad. La coacción psicológica sólo puede referirse a las diferencias cualitativas y cuantitativas del delito y no a la naturaleza del delito mismo, y los códigos que acaso han salido de esta doctrina han carecido así de fundamento apropiado*⁴⁷. El castigo es, en definitiva, para Hegel, la eliminación (*aufhebung*) de la lesión o negación de la negación.

Igualmente Hegel critica a Beccaria, aunque con algún matiz distinto a Kant, al sostener que, en primer lugar, el “*Estado no es en absoluto un contrato, ni está condicionada su esencia sustancial a la protección y la seguridad de la vida y la propiedad de los individuos en cuanto singulares*”; y, en segundo lugar, “*no es únicamente el concepto del delito, lo racional del mismo en sí (an sich) y para sí, con o sin consentimiento de los singulares, lo que el Estado tiene que hacer vigente, sino también la racionalidad formal, el querer del singular, que yace en la acción del delincuente. Que la pena sea considerada como conteniendo su propio derecho y el delincuente será honrado como racional. No participará en ese honor si el concepto y la medida de su pena no son tomados de su acto mismo, ni tampoco asimismo si el es considerado solamente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo o en las finalidades de la intimidación o del mejoramiento*”⁴⁸. Por tanto, la naturaleza del delito y la propia voluntad del delincuente exigen que la vulneración iniciada por él sea superada⁴⁹.

Esta teoría, aunque podría calificarse de superada en estrictos términos absolutos⁵⁰, no es menos ciertos que late en el sentir, siquiera sea implícitamente, de numerosas resoluciones judi-

47 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 170.

48 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 171.

49 HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 171.

50 Sobre las críticas científicas a las teorías absolutas, vid., ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., p.84

ciales⁵¹. Así, por ejemplo, la STS 8 abril 2021⁵² afirma que “*la pena es un mal irreversible*”; la STS 12 mayo 1993⁵³ que “*la pena es un mal que se impone por el Estado al delincuente*”, la SAP Cáceres 5 julio 2010⁵⁴ que “*la pena es una retribución legal al ilícito cometido*” o el AAP Cáceres 13 diciembre 2005⁵⁵ cuando afirma que ante el quebrantamiento de la ley, el infractor es “*justo y lógico es que sufra los perjuicios que toda pena conlleva por el hecho de serlo*”, y, en consecuencia, “*nadie puede alegar graves perjuicios por el hecho de cumplir una pena al estar basada la misma en una premisa que no puede olvidarse: la pena es una retribución por haber infringido la ley*”.

2.2.2 La teoría de la prevención especial

Frente a las teorías absolutas, se contraponen la teoría de la prevención especial que se dirige a actuar directamente sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir⁵⁶. Si decíamos, en esencia, que con las teorías absolutas se pretendía únicamente retribuir la causación de un mal con otro mal, con la prevención especial se va a actuar sobre el criminal para evitar que cause nuevos males.

Cuanto estamos ahora diciendo, ya lo encontramos en nuestra tradición clásica, así Platón (427-347 a.C.), en su diálogo

51 Para el caso alemán, vid. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., pp.83-84,

52 STS 8 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1301).

53 STS 12 mayo 1993 (ECLI:ES:TS:1993:10237).

54 SAP Cáceres 5 julio 2010 (ECLI:ES:APCC:2010:622).

55 AAP Cáceres 13 diciembre 2005 (ECLI:ES:APCC:2005:371A).

56 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 85, se trata de una teoría relativa, por oposición a las absolutas, en tanto que “relativo” procede del latín “referre” que significa “referirse a”, por tanto, se trata de una teoría relativa porque se refiere al delincuente.

sobre las Leyes⁵⁷, alude directamente a la idea de corregir al delincuente cuando afirma que: “*todos deben pagar además una pena adecuada al delito como correctivo*”⁵⁸; y que la causa de ese correctivo no es haber cometido el crimen, pues nunca podrá no haber pasado lo que ya pasó, “*sino para que, en el futuro, él mismo y los que vean que ha sido condenado o bien odien absolutamente la injusticia o bien en gran parte se recuperen de tal calamidad. Por todo eso, sin duda, es necesario también que las leyes consideren todos esos aspectos y, a la manera de un buen arquero, para el castigo de cada delito tengan en mira especialmente la estimación de la magnitud de la pena. Es necesario que el juez haga el mismo trabajo y asista al legislador, cuando una ley le confía estimar lo que debe sufrir o pagar el que ha sido condenado, mientras que el legislador, como un pintor, debe esbozar casos reales que acompañen a su escrito, lo que, por cierto, también debemos hacer ahora, Megilo y Clinias, de la manera más bella y mejor. Debemos decir cuáles deben ser los castigos mencionados de todos los robos y acciones violentas, siempre que los dioses e hijos de dioses nos permitan legislarlo*”⁵⁹.

Esta teoría también está muy presente en Séneca (4 a.C. – 65 d.C.)⁶⁰, quien en su obra *De la ira* (41 d.C.), apunta también hacia la idea de que la pena tiene como finalidad enmendar a los criminales o eliminarlos; así apunta que: “*El mismo delito en dos personas no lo sancionará con la misma pena, si una lo ha perpetrado por omisión y la otra ha procurado ser perjudicial. Esto lo*

57 PLATÓN: *Las Leyes*, en la recopilación de *Diálogos vol. 9* (trad. por Francisco Lisi), Gredos, Madrid, 1999.

58 PLATÓN: *Las Leyes*, op. cit., p. 280.

59 PLATÓN: *Las Leyes*, op. cit., pp. 280-281. De hecho, en Platón observamos nítidamente cómo la pena persigue, por un lado, corregir al delincuente, pero, por el otro, que esa corrección sirva de aprendizaje al resto de ciudadanos para que odien la injusticia.

60 SENECA, L.: *De la ira*, en la recopilación de *Diálogos Séneca el Joven* (trad. por Juan Mariné Isidro), Gredos, Madrid, 2000.

*respetará siempre en todo escarmiento, de modo que sepa que unos se aplican para enmendar a los malvados, otros para eliminarlos; en ambos casos no tendrá en cuenta lo pasado sino lo futuro*⁶¹. De hecho, el propio Séneca recuerda a Platón cuando dice, atribuyéndoselo a éste, que: “*ninguna persona prudente castiga porque se ha delinquido, sino para que no se delinca; pues lo pasado no se puede revocar, sí evitarse lo futuro*”⁶².

Más recientemente, sería VON LISZT el máximo exponente de esta teoría, sin ser exclusiva y excluyente de su pensamiento, en su obra «La idea de fin en el derecho penal»⁶³.

61 SENECA, L.: *De la ira*, op. cit., p. 154.

62 SENECA, L.: *De la ira*, op. cit., p. 154.

63 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. Y decimos “*sin ser exclusiva y excluyente*” para no confundir al lector porque bien es cierto que, en el prólogo a la citada edición, RIVACOBÁ (p. 11) apunta sobre Von Liszt que: “*sin negarle un fondo retributivo, la pena es, en su concepción, esencialmente finalista, teniendo por objeto la protección de bienes jurídicos, esto es, de intereses de la vida humana individual o social que el Derecho, al tutelarlos, eleva de intereses vitales a bienes jurídicos; protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación, sólo aparentemente paradójica, de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efecto, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de Derecho como prevención general, y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial, sea, según la índole de aquél y la categoría a que en consecuencia pertenezca por su intimidación, su resocialización o su inocuización (neutralización). Los efectos de prevención general deben servir de criterio para el establecimiento y la configuración de los supuestos delictivos y de las respectivas amenazas penales mientras que el efecto concreto que haya de surtir la pena en el criminal, o sea, la prevención especial determinará, a su vez, la especie y la extensión de aquella en cada caso particular*”.

Por su parte, en la edición de la obra de Von Liszt preparada por el citado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, también puede leerse a JIMÉNEZ DE ASÚA (p. 41) que recuerda a este respecto que: “*Mediante la investigación histórico-naturalista cree Franz von Liszt poder llegar a la conclusión de que la pena no puede ser sencilla y únicamente “retribución” (...) cuando von Liszt lanza su Programa de Marburgo, la idea dominante era que la pena había de ser retributiva y que la justicia de la pena radicaba en su naturaleza ética (...) No lo cree así el gran maestro... a su entender... sólo el fin puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. Para von Liszt, la pena justa es la pena necesaria*” (se trata de la reproducción que se hace en esa edición de JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “Corsi e Ricorsi. La vuelta de Von Liszt”, *Nuevo pensamiento penal*, núm. 2, mayo-agosto 1972, pp. 191-203).

El alemán no niega la idea primitiva de pena⁶⁴, e incluso su valor, como pura reacción tempestuosa contra el delincuente, es decir, su aniquilación, sin embargo, apunta que con el surgimiento de los más modernos Estados, el aniquilamiento del delincuente transita hacia el debilitamiento de sus bienes jurídicos⁶⁵. Así, concluye ese tránsito que: “*por autolimitación, el poder de castigar llega a ser Derecho penal (ius puniendi); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de Derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él*”⁶⁶.

La esencia de la pena, por tanto, para VON LISZT, es la *coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrara corporización*⁶⁷. Y distingue entre la coacción indirecta y directa; así la primera es la revelación al delincuente de los motivos que le faltan y son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos; y la segunda en la medida que la pena supone el secuestro del delincuente de forma transitoria o permanente y, por tanto, su exclusión de la sociedad⁶⁸. Metafóricamente IHERING, en quien VON LISZT apoya buena parte de sus tesis, ya habría dicho “*La naturaleza echa a la cama a*

En definitiva, Von Liszt es máximo representante de la teoría de la prevención especial en los tiempos modernos, pero, en modo alguno, tal protagonismo no signifique que no reconozca el valor de otras teorías fundamentales sobre el fin de las penas (vid., VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 65).

64 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 87.

65 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 88.

66 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 90.

67 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 111.

68 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 112.

*aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel*⁶⁹. De hecho, el propio IHERING (1812-1892) en el “*fin del derecho*”⁷⁰, apuntaba la idea de que la Ley penal no era distinta de cualquier otra ley y, por tanto, su finalidad era coincidente, esto es, asegurar las condiciones de vida de la sociedad⁷¹.

En definitiva, para VON LISZT, como a su vez lo fue para el propio PLATÓN, los elementos protagonistas de la pena eran la corrección, intimidación y neutralización cuya finalidad era la protección de los bienes jurídicos⁷²; así, corrección para los delincuentes que la necesitan; intimidación para los que no necesitan corrección; y neutralización para los no susceptibles ni de corrección ni de intimidación (también llamados “los irre-recuperables”)⁷³.

69 La cita la reproduce el propio VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 112.

70 VON IHERING, R.: *El fin del derecho* (trad. por Leonardo Rodríguez), Imp. de A. Marzo, Madrid, 1900.

71 VON IHERING, R.: *El fin del derecho*, op. cit., p. 299. Llega a afirmar que: “*Si los contratos de venta no son ejecutados; si los préstamos no son reembolsados, la sociedad se halla tan amenazada como si los ciudadanos se asesinasen o robasen unos a otros*”.

72 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 112.

73 VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., 115.

Respecto de los sujetos irre-recuperables apunta que de la misma manera que un miembro envenena el organismo, el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. Para estos sujetos (p. 120) -razona- que como quiera que no es posible su decapitación ni su ahorcamiento, y como tampoco lo es la deportación, la sociedad se debe proteger de ellos a través de la privación de libertad de por vida. Y dice VON LISZT (ibid., p. 121-122) que la “eliminación de la peligrosidad” se la figura de la siguiente manera: “*El Código Penal debería determinar (...) que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría una reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una “servidumbre penal”, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal sería casi inevitable. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar el carácter incondicionalmente deshonoroso de la pena. La reclusión individual sólo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto*”. En lo esencial, apunta, esta medida “*se trataría de un significativo*

El principal problema de este sistema -insalvable, por otro lado- es que no proporciona parámetro alguno para acometer *la recuperación* del delincuente. ¿Por qué -siguiendo a VON LISZT- diez años, y no siete o cinco, son los necesarios para corregir al delincuente ocasional? Además de, por supuesto, que para aquellos sujetos reincidentes se puede llegar a la inhumana conclusión de abogar por la cadena perpetua o, peor aún, la pena de muerte como mejor fórmula para inocuizar al sujeto.

agravamiento y extensión de la pena por reincidencia que establece nuestro Código Penal". No obstante, VON LISZT señala que no se precisaría de perder toda esperanza de una vuelta a la sociedad, y aunque difícil, cada cinco años la Comisión revisora podría presentar una propuesta de liberación (ibid., p. 122).

Para los sujetos que precisan de corrección, apunta que: "Las pequeñas cárceles son las principales agencias de enganche", pero, para evitar los efectos corruptores de éstas, "[e]l mínimo de la pena de privación de libertad que opera en estos casos no debiera, en general, bajar del año". Concretamente apunta VON LISZT (ibid., pp. 123-124): "el asunto debiera estructurarse de la siguiente manera: En la primera y segunda comisión de alguna de las acciones penadas que se mencionan más arriba, el tribunal debe disponer la remisión a un establecimiento correccional. La sentencia llevaría consigo suspensión y no pérdida de los derechos honoríficos. La duración de la pena (que no se determinaría en la sentencia) no sería inferior a un año ni superior a cinco. El castigo comenzaría con reclusión uncelular. En el caso de buen comportamiento, el Consejo de vigilancia podría decidir un traslado a una progresiva reclusión comunitaria. Debe recurrirse al trabajo y a la educación básica como medios para fortalecer la fuerza de resistencia. La pena corporal como sanción disciplinaria quedaría en todo caso excluida. El Consejo de vigilancia podría proponer, una vez al año, al tribunal del territorio la remisión que favorezca a aquellos reclusos que aparentemente se hayan corregido. Aquel a quien se hubiera remitido la pena quedaría sometido a la vigilancia policial por un término igual al tiempo que permaneciera en reclusión. Luego de cinco años de reclusión, ella debería en todo caso terminar la persona puesta en libertad quedaría sometida por otros cinco años a la vigilancia policial".

Por último, en cuanto a los delincuentes ocasionales, apunta que "[e]n general, podrían conservarse aquí las amenazas de pena de nuestro Código penal, aunque con disminución de los diversos grados que él contempla; pero, ciertamente, más recomendable sería una pena de privación de la libertad unitaria, que no necesariamente se deba cumplir en reclusión uncelular, con un mínimo no demasiado corto (no inferior a seis semanas) y con un máximo tampoco muy alto (diez años serían más que suficientes), y una pérdida facultativa de los derechos civiles y honorarios; junto a ella o en vez de ella podría considerarse, en un margen mayor del que tiene ahora, la pena de multa. La pena de muerte me parece superflua, toda vez que los incorregibles han quedado neutralizados".

También resulta inconveniente según esta visión la imposición de un castigo para aquellos sujetos que están totalmente socializados y su resocialización es de todo punto innecesaria. Piénsese, por ejemplo, en un delincuente fiscal. Si una vez es juzgado y la cuantía defraudada es abonada, así como la multa, es evidente que si ese sujeto ingresa en prisión no es para reeducarlo, sino como una pura manifestación de castigo y, además, como exhibición punitiva para ejercer así una coacción psicológica sobre el resto de los ciudadanos que verán en el castigo una advertencia para no llevar a cabo la conducta prohibida. Y aún mayor nitidez cobra cuanto queremos decir con los delitos imprudentes, especialmente cuando se dan por culpa inconsciente, en los que el sujeto no se representa la comisión del delito.

Por último, peca esta concepción, al menos en su dimensión más pura y drástica, de que tampoco resulta posible objetivar el pronóstico resocializador y, por tanto, se trata más de una posibilidad que de una realidad. Y esto, como acertadamente señala ROXIN, ha llevado a “un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo. Bajo el lema “*nothing works*” (=nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente”⁷⁴.

2.2.3 La teoría de la prevención general

Si para las teorías absolutas decíamos que la pena es una retribución y para la teoría de la prevención especial que el fin de la pena es la protección del orden jurídico estatal a través de la lesión de los bienes jurídicos del delincuente, para la teoría de la prevención general la pena tiene una función comunicativa dirigida a la totalidad de los ciudadanos para advertirles de que si cometen la conducta prohibida serán castigados.

74 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 89.

Ya hemos visto cómo realmente en el pensamiento clásico de Platón o Séneca, o incluso en el más moderno de von Liszt, latía -con mayor o menor intensidad- una función comunicativa de la pena, pero sin duda su máximo exponente fue FEUERBACH (1775-1833) a través de lo que denominó “*coacción psicológica*”⁷⁵ de la pena, cuya finalidad era lograr anticiparse a la consumación de las lesiones jurídicas causadas por el crimen⁷⁶. Consideraba FEUERBACH que el impulso del delito podía ser cancelado si cada persona era sabedora de “*que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*”⁷⁷. Por tanto, “*el objetivo de la conminación de una pena en la Ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas*”. Y, además, “*el objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación de la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediató (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley*”⁷⁸.

Las conclusiones de FEUERBACH, por tanto, sobre las penas eran claras en tanto que no tenían ni por objeto ni por fundamento: “i) *la prevención contra futuras contravenciones de un injuriante particular, porque eso no sería pena, en razón de que no se observa ningún fundamento jurídico para una anticipación semejante; ii) ninguna retribución moral porque ésta pertenece al ámbito de lo ético y no al del orden jurídico, aparte de ser físicamente imposible; iii) ninguna clase de intimidación mediata de*

75 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal* (trad. por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 50.

76 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 52.

77 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 52.

78 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 53.

*otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor; iv) ningún mejoramiento moral, porque éste sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena*⁷⁹.

Ante esto, una las críticas más comunes y obvias a la teoría de la prevención general es que en una sociedad se cometen numerosos crímenes en los que la conminación punitiva es irrelevante. Y no reparar en esto que acabamos de decir genera el riesgo de intentar llevar esa coacción psicológica de la pena al extremo y, por tanto, que se produzca una situación de *terror estatal*⁸⁰.

Como he dicho, la realidad nos demuestra la existencia de crímenes que se cometen con independencia de si la conminación punitiva es mayor, mucho mayor o exageradamente mayor. Así, por reducción al absurdo —y ruego que se me permita este ejemplo tan tosco, pero que visibiliza bien lo que quiero decir—, si todos los delitos estuvieran castigados con pena de prisión permanente o de muerte, aun así, se seguirían cometiendo delitos. De hecho, para confirmación de cuanto estoy diciendo basta pensar en esos crímenes que son cometidos porque su autor considera que nunca va a ser descubierto y, por tanto, la pena se la representa como irrelevante en tanto que considera que su crimen no va a ser castigado. O aquellos otros en los que la pena no tiene ningún impacto porque la comisión del crimen trae causa en poderosas turbaciones del espíritu del criminal; piénsese, por ejemplo, en una madre que da muerte al sujeto que previamente ha agredido sexualmente de forma

79 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 54. Para Feuerbach “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que condene un mal sensible*” (ibíd., p. 55). Y de ahí deduce sus célebres principios para el Derecho penal: *nulla poena sine lege*; *nulla poena sine crimine*; y *nullum crimen sine poena legali*.

80 Esta expresión “terror estatal” la tomamos de ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 93.

brutal a su hija. En este último caso no hay coacción psicológica alguna posible en esa madre que está resuelta a cometer el crimen como única forma de apaciguar su espíritu por el mal sufrido. Sin embargo, frente a esas críticas, salen al paso -y con razón- los que señalan que realmente la bondad de la prevención general se debe analizar desde la perspectiva de los ciudadanos que no delinquen y no desde la del ciudadano al que la conminación psicológica no le ha hecho efecto⁸¹.

En todo caso, uno de los grandes beneficios de esta teoría es que no sólo es tremendamente comprensible desde el punto de vista social, pues fluye con acomodo del sentir popular, sino que es obvio que si hubiera una rebaja generalizada de penas aumentaría inmediatamente el número de delitos. Incidir en algo tan claro como esto no merece la pena, por tanto, indiscutible me parece la utilidad de esta concepción de la pena.

2.2.4 Las teorías de la unión

Como inmediatamente acabamos de decir, si nos situamos en una dimensión menos teórica y abstracta, es evidente que las teorías absolutas y relativas aportan indudables puntos de vista de interés para el fin de las penas.

Si el Derecho no es blanco ni negro, sino una escala infinita de grises, los fines de la pena, en consecuencia, tampoco son unos u otros, sino que pueden serlo todos. Así el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45, 187) al hilo de la constitucionalidad de la cadena perpetua, y afirmando que no es tarea suya posicionarse sobre los fines de las penas -extremo que tampoco ha hecho el legislador alemán desde 1969-, dijo: “*El Tribunal*

⁸¹ Vid., MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 55.

Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas por la doctrina... se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido”⁸².

Nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 169/2021, de 6 de octubre, también al calor de la pena de prisión permanente revisable ha afirmado que esta pena, por un lado, “*trasluce una voluntad inequívoca de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los veinticinco años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social*”, por tanto, está poniendo en valor la prevención general. Y, a su vez, afirma que también se infiere que es fin de la prisión permanente revisable, el “*evitar la reincorporación a la sociedad de penados que no se hayan rehabilitado y que presenten un pronóstico sombrío de comportamiento futuro. Responde a una necesidad reforzada de inocuización del delincuente*”, por tanto, también se reconoce el valor de la prevención especial, pues la prisión permanente revisable “*trasluce nuevamente un juicio de insuficiencia del sistema de penas precedente, que abocaba a la excarcelación del penado al vencimiento del término de la condena o del límite de acumulación jurídica de las condenas pendientes de cumplimiento (arts. 76 y 78 CP)*”. De hecho, sin ambages el TC sostiene al tratarse de delitos caracterizados por su extraordinaria gravedad, la peligrosidad criminal del penado “*pasa de ser una variable determinante de la forma de ejecución de la pena, a ser*

⁸² La traducción la tomamos de ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 94.

un elemento relevante en la concreción de su propia duración". Por tanto, la pena satisface también ese fin de aislar de la sociedad al sujeto peligroso. Y estos fines, especialmente el de la inocularización del delincuente, nos señala nuestro Tribunal Constitucional, "*no plantean ninguna incompatibilidad con los valores constitucionales: la función protectora de bienes jurídicos relevantes ha sido reconocida por este tribunal como una función integral de las normas penales que «no solo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10)*". Al fin y al cabo, recuerda el TC que "[l]a protección de la sociedad es, por su parte, una vertiente de la función protectora de bienes jurídicos, que trata de evitar la reincidencia, y un valor destacado en el Derecho comparado que ha conducido al Tribunal Europeo Derechos Humanos a exigir de los Estados la adopción de medidas eficaces para combatir el crimen violento y a concluir que el CEDH no prohíbe la imposición de penas indeterminadas que permitan prolongar la detención del reo cuya liberación pueda representar un peligro (vid. STEDH de 26 de abril de 2016, asunto Murray c. Países Bajos, § 111, que remite a la STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto Maiorano y otros c. Italia, § 115 a 122)".

En todo caso, de similar modo al Tribunal Constitucional alemán, el español también recuerda que "*el control de este Tribunal Constitucional «tiene un alcance y una intensidad muy limitadas», so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11; en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)*"⁸³.

83 STC 169/2021, de 6 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:169).

Y aunque las más modernas teorías de la unión abjuran de las teorías de la retribución⁸⁴, ROXIN, sin recurrir a ellas, apunta que el principio de culpabilidad debe operar, en todo caso, como medio de limitación de la pena. En este sentido, agudamente, recuerda que el defecto común de las teorías relativas es que no establecen verdaderos límites o barreras contra el poder sancionador⁸⁵; lo que resulta esencial en un Estado de Derecho para no caer en el terror penal. Y lo expresa del siguiente modo: *“la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. La intervención estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto”*⁸⁶. En consecuencia, ROXIN sintetiza su teoría de la pena del siguiente modo: *“la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo haga necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales”*⁸⁷.

Por supuesto, también la teoría de la unión es objeto de críticas. Así JAKOBS⁸⁸, en primer lugar, señala que: *“la teoría de la*

84 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 99.

85 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 99.

86 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 100. Para desterrar cualquier viso de defensa de las teorías retributivas, apunta que el principio de culpabilidad tiene, pues “una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno”.

87 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 103.

88 Vid., JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena* (trad. por Manuel Cancio Meliá), Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998. Por su indudable interés debo extenderme un poco más de lo habitual en la exposi-

unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse (...). Si esta suposición fuera acertada, de lo que evidentemente parten los representantes de esta teoría, debería buscarse aquel principio que crea esa armonía de lo aparentemente contrapuesto, es decir, que se ve satisfecho tanto por medio de retribución como por medio de prevención, aunque a su vez ese principio se resuma en algo tan pobre como que “en alguna medida se produzca una reacción de rechazo frente al hecho”. Este principio sería el fin previo a las configuraciones concretas de apariencia heterogénea y otorgaría la legitimación previa. Dicho brevemente: si es posible la armonía, la teoría de la unión se queda corta, ya que no identifica el elemento creador de armonía, incluso, ni siquiera lo busca. Sin embargo, si esta suposición es errada, entonces no se trata de una unión mediante adición, sino de una paralización recíproca de lo reunido, y ello, además, no sólo en el caso particular -como reconocen los representantes de la teoría de la unión-, sino por principio. Si este fuera el caso, la teoría de la unión se equivoca por completo”⁸⁹.

Y pone el siguiente ejemplo: “*si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica -si es que ello es posible-, el trato con él -dicho de modo coloquial- no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas. Por lo tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad. La consideración acabada de exponer también se dirige contra aquella variante de la teoría conforme a la cual la pena adecuada a la culpabilidad tan sólo ha de tener el efecto de limitar, pero no de legitimar. La culpabilidad sólo puede*

ción de sus objeciones. Para ello, y no incurrir en ningún error interpretativo, me voy a limitar siguiendo el método escolástico a reflejarlas.

89 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., pp. 12-13.

limitar aquello que se adecuaba a su concepto, y, por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares. Dicho de otro modo: si se toma en serio la idea de la limitación a través de la culpabilidad, ello significa que debe tratarse al autor como responsable, no como objeto, de modo que cualquier reacción preventiva debe limitarse a cero”⁹⁰.

En segundo lugar, objeta JAKOBS que “*las suposiciones de armonía no sólo afectan a la teoría, sino también a la praxis, y muestran su carácter quebradizo a este respecto de modo especial (aunque no sólo aquí) en el intento de unir la retribución de culpabilidad y la prevención especial. Incluso si se partiera -lo que, sin embargo, sería incorrecto, como antes se ha mostrado- de la base de que la retribución de culpabilidad abre un marco para un tratamiento preventivo-especial, una breve consideración de las estadísticas de reincidencia desde finales del siglo pasado hasta el día de hoy enseña que -al menos en el Derecho penal de adultos- no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en la cárcel (...) Lo que habría que prevenir sería la génesis de una motivación para cometer el hecho, y ello de acuerdo con la medida de la intensidad de la motivación. Sin embargo, la retribución de la culpabilidad se refiere al hecho en cuanto perturbación social. Dicho con un ejemplo: una calumnia pronunciada por ligereza podría prevenirse mediante una pequeña pena pecuniaria, mientras que el mismo hecho, cometido por un profundo odio, sólo podría ser prevenido mediante una larga pena privativa de libertad; el robo con homicidio podría prevenirse con la pérdida de bienes de un valor múltiple del beneficio -aproximadamente, diez veces ese valor- del hecho, mientras que el homicidio nacido de la desesperación en el marco de un conflicto no podría ser prevenido de ningún*

90 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 13.

modo. Todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intensidad de la motivación y la relevancia de la perturbación. Y en aquellos casos en los que la prevención especial parece prometedora, como, por ejemplo, en algunos sectores del Derecho penal de menores, se desvincula del principio del hecho”⁹¹.

2.2.5 La pena como confirmación de la realidad de las normas (Jakobs)

Tras las críticas de JAKOBS a la teoría de la unión, sus esfuerzos se han dirigido a superar tanto las tesis absolutas como relativas sobre la base de la idea de que la pena ni siquiera es útil para prevenir la comisión futura de delitos. Para el alemán la pena es útil para evitar que los delitos dejen de concebirse como delitos y, por tanto, prevenir la erosión de la configuración normativa real de la sociedad⁹².

JAKOBS parte de su configuración de la sociedad como una organización de personas respetuosas con el Derecho (sólo es una persona real aquella cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma), de ahí que sólo pueda existir una sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales⁹³.

La concepción sociológica de JAKOBS es simple: “*el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma. (...) El comportamiento contrario a la norma, por lo tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter*

91 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., pp. 13-15.

92 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 16.

93 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 17.

de real de la sociedad". Y su conclusión es: "el hecho del infractor de la norma muestra lo opuesto a la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por la sociedad como persona".

En este sentido, "[e]l infractor de la norma, a través de su conducta, no sólo ha significado algo, sino que a la vez también lo ha configurado; dicho mediante un ejemplo, no sólo ha afirmado que no ha de respetarse la vida ajena, sino que la ha destruido o, al menos -en el caso de la tentativa- se ha dispuesto a ello"⁹⁴. Por eso apunta JAKOBS que la pena tiene un fin en sí mismo: *la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios*⁹⁵, y, por tanto, concibe "la pena como confirmación de la configuración de la sociedad"⁹⁶.

Se entiende así, precisamente, que JAKOBS hable de que la misión de la pena es mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que "quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza"⁹⁷. Por tanto, "[l]a pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social"⁹⁸.

Sostiene JAKOBS que se trata de prevención general positiva porque: "pretende producir un efecto en todos los ciudadanos (...) [de] tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena"⁹⁹. En consecuencia, "[l]

94 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 25.

95 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 25.

96 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 32.

97 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 32.

98 JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., p. 34.

99 JAKOBS, G.: *Fundamentos del derecho penal* (trad. por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos), AdHoc, Buenos Aires, 1996, p.54.

*a protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza*¹⁰⁰.

JAKOBS, en todo caso, insiste en que la reafirmación no tiene por contenido que no se cometan nuevos delitos o que incida en el propio delincuente para reformar su conducta, pues los destinatarios son todos (“*dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar*” -dirá-), sino en *ejercitar en la confianza hacia la norma*¹⁰¹.

A su vez, como quiera que del hecho criminal se deriva una pena que supone un gravamen para el infractor, la pena también aspira a que el comportamiento criminal se revele como un comportamiento a no tener en cuenta. Por tanto, la pena también tiene lugar para *ejercitar en la fidelidad al Derecho*¹⁰².

Y, por último, mediante la pena se aprende la relación entre un comportamiento y su consecuencia, por tanto, la pena también trata en *ejercitar en la aceptación de las consecuencias*¹⁰³.

En resumen, para JAKOBS la pena tiene como finalidad el reconocimiento de la norma con la producción de tres efectos: ejercitar en la confianza hacia la norma; ejercitar en la fidelidad al Derecho; y ejercitar en la aceptación de las consecuencias.

Por parte de algunos defensores de la prevención general positiva se ha dicho que una de las bondades de esta es que *sólo*

100 JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Conteras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 18.

101 JAKOBS, G.: *Derecho Penal.*, op. cit., p. 18.

102 JAKOBS, G.: *Derecho Penal.*, op. cit., p. 18.

103 JAKOBS, G.: *Derecho Penal.*, op. cit., p. 18.

*reconoce la realidad comprobable y sobre ella actúa desarrollando el concepto, así, por ejemplo, que la pena produce una intimidación es una afirmación no demostrada*¹⁰⁴. Esto, sin embargo, no resulta en modo alguno admisible.

Indudablemente la conminación de un castigo produce un efecto intimidante para su receptor. Piénsese, una vez más, en el fraude fiscal; sustraer a la pena de prisión y la pena de multa de un efecto intimidante supone abstraerse del plano más elemental de la realidad y de las motivaciones para la comisión (o no) del fraude. Sólo una visión tremendamente naif del mundo puede llevarnos a una conclusión así.

Especialmente duras a esta teoría fueron las críticas de BARATTA¹⁰⁵ que llegó a considerar que la teoría de la *prevención-integración* o *prevención positiva*, “*desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones; y gestiones penales de los conflictos de desviación. Su contribución al conocimiento, construcción y gestión de los conflictos, no va más allá de la llamada cultura del sistema penal. Antes bien, tal teoría ofrece un nuevo soporte a esa cultura y reconfirma su principal función: la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales; existentes. Al fundamentar la función penal dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto de las necesidades y valores de los individuos, la teoría de la prevención-integración aplica coherentemente la teoría sistémica, por cuanto mantiene la actual relación; entre el “sistema-sociedad” y el “subsistema-hombre”*”¹⁰⁶.

104 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 107.

105 BARATTA, A.: “Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica”, *Revista Doctrina Penal*, año 8, nº 29, 1985, pp. 3-26.

106 BARATTA, A.: “Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica”, *Revista Doctrina Penal*, año 8, nº 29, 1985, p. 21. Añade, p. 22: “*La alienación de la subjetividad y la centralidad del hombre en beneficio del sistema, que se encuentra fielmente descrita por la teoría sistémica pero no es criticable (como con-*

2.2.6 Una teoría prismática de la pena

El principal problema alrededor de la cuestión de los fines de la pena es subjetivo. En este sentido, a la hora de preguntarnos qué fin persigue la pena debe hacerse desde la perspectiva que el sujeto o ente tiene respecto de la pena. Por tanto, la cuestión de la pena es prismática.

Desde la perspectiva del autor del hecho criminal castigado con una pena, ésta sencillamente presenta la nota de un padecimiento. Así, por ejemplo, no debe interrogarse mucho al afectado por una pena de prisión para advertir que ese padecimiento es tenido como un mal a su crimen. Y esto que acabo de decir es algo que vengo constatando desde mis primeros días como abogado penalista al visitar a presos. Ninguno de ellos, hasta la fecha, ha desarrollado sugerentes concepciones especulativas sobre la razón de ser de su internamiento más allá del castigo. Pienso, por ejemplo, en algunas personas concretas condenadas a dieciocho años de prisión por delitos vinculados a la corrupción política, que llevan más de ocho años de cumplimiento *a pulso* sin haber sido todavía beneficiados con permiso penitenciario alguno, y la pena para ellos sólo se entiende y se comprende como puro castigo.

tradición entre potencialidad y realidad de la situación humana) desde su propio interior, produce también en la teoría del subsistema penal, como hemos visto, el desplazamiento del sujeto de centro y fin del derecho, a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales. En especial, en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto de ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en el soporte sico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoría sicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos, es replanteada aunque con fines bien distintos y en el lenguaje más abstracto de la teoría sistémica. Parece que dicho componente queda elevado, en la teoría de la prevención-integración, al rango de un principio de absoluta racionalidad del sistema. Pero es sólo aparente la paradoja de esta teoría, consistente en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta desubjetivizado respecto del sistema".

Desde la perspectiva de la víctima que sufre el hecho criminal, la pena, la mayoría de las veces, se fundamenta en la purga del propio dolor. Quizá algunas refinadas teorías abjuren de esto que acabo de decir, pero desde el plano de la realidad y de mi contacto con víctimas, aflora como la petición de penas y, sobre todo, su ejecución es un bálsamo que compensa -aunque sea tímidamente- el dolor padecido por el crimen. Y, además, desde la perspectiva de las víctimas, la pena también opera como una delegación del sentimiento de venganza y, por tanto, con su delegación al Estado se contribuye a la paz social y la concordia. De hecho, no faltan crímenes que son cometidos por víctimas a quienes las penas les resultan insuficientes para calmar sus deseos de venganza.

Desde la perspectiva del Estado, la pena tiene fundamentalmente la finalidad de lograr la paz social a través de la reducción del crimen, precisamente por eso asume por delegación la facultad de castigar. Y la forma de lograr ese objetivo, como es obvio, es tanto a través de la coacción psicológica de las penas; como, una vez cometido el hecho criminal, mediante el destierro temporal del sujeto del entorno social ordinario. Incluso puedo decir que Jakobs está en lo cierto cuando afirma que la pena tiene como finalidad el reconocimiento de la norma, pues indudablemente observamos que si produce efectos la pena es porque existe la norma de la que trae causa.

Por tanto, no tan relevante es el fundamento de la pena (que es el mantenimiento del equilibrio social a través de una situación de no-violencia), sino su finalidad que, como hemos visto, depende de la perspectiva subjetiva que sea analizada.

Y en este estado de cosas, la pena, además, tiene que estar adecuadamente vinculada a los valores vigentes en cada momento histórico. Por fortuna, hoy el humanismo occidental -inspirado

especialmente por la caridad- como valor transversal de nuestra sociedad limita la cantidad y forma de adhesión social a determinadas penas. Así, por ejemplo, si el asesinato estuviera castigado con cien azotes y, posteriormente, la decapitación, esta pena sería calificada por la mayoría de nuestra sociedad como una pena inhumana y, por tanto, inmediatamente rechazada (más allá del debate irrelevante ahora de si sería constitucional o no esa pena). Y lo mismo puede decirse de la pena de muerte por lapidación, pues para la sociedad española actual es inasumible. Sin embargo, la adhesión a la forma en que se castiga es simplemente una anécdota histórica y, por tanto, *qué castigar, de qué forma y cuánto* son cuestiones no sólo prismáticas, sino también dinámicas. Piénsese, por ejemplo, en el Código penal de 1995, en aquel momento resultaba inconcebible para la mayoría social la prisión permanente revisable (sin entrar ahora en las razones de ello), sin embargo, transcurridas dos décadas desde entonces la prisión permanente revisable y su vigencia parece incuestionable. Lo que el futuro nos deparará es insondable, sin embargo, lo que sí es relevante es mantenerse firme a los valores que limitan los excesos de las penas para retrasar el tiempo de la vuelta del terror penal.

2.3 Las medidas de seguridad¹⁰⁷ como prevención de los sujetos peligrosos

Como recuerda MIR PUIG, frente a la pluralidad de teorías sobre las penas, contrasta la unidad existente en torno al mismo problema planteado respecto de las medidas de seguridad¹⁰⁸, así *“no se discute por nadie que la función que a ésta corresponde es la prevención de delitos frente a un sujeto peligroso”*¹⁰⁹. En este sen-

107 También llamadas “medidas de seguridad y corrección”. Tienen su origen en el Proyecto de Código Penal suizo de 1983

108 Algún autor ha pretendido enfocar las medidas de seguridad desde los planteamientos de la legítima defensa. En contra JAKOBS, G.: *Derecho Penal.*, op. cit., p. 39.

109 MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevi-

tido, ROXIN afirma que “*el fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella*”¹¹⁰. Y para JAKOBS la medida de seguridad “*es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho*”¹¹¹.

En este sentido, me parecen acertados los dos principios de WELZEL sobre la cuestión: i) “*Todas medidas de seguridad tienen como base la idea general del derecho según la cual en la vida de la comunidad pueden tomar parte sin restricciones solamente aquellos que son capaces de atenerse a las normas de la vida de la comunidad. A ello se agregan todavía en casos dados, otros puntos de vista justificantes; p. ej., frente al alienado, al que tiene disminuida su capacidad de imputación o al toxicómano, el derecho y el deber del Estado para una previsión de ayuda y cura; frente a menores y vagos, el derecho de educación, etc*”¹¹². Y ii) “*todas las medidas de seguridad encuentran su límite en la imposición del respeto por la personalidad individual, sobre la cual se estructura nuestra cultura occidental (...)*”¹¹³.

En cuanto a las *medidas de seguridad predelictivas*¹¹⁴ han sido expresamente rechazadas por nuestro Tribunal Constitucional por STC 23/1986¹¹⁵ que anuló dos sentencias dictadas por el

deo-Buenos Aires, 2003, p. 66.

110 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., p. 104.

111 JAKOBS, G.: *Derecho Penal.*, op. cit., p. 38.

112 WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General* (trad. por Carlos Fontán Balestra), R. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 241.

113 WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 241.

114 Como apunta LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 26, sobre las medidas de seguridad predelictivas: “*estas medidas no sólo son rechazadas por la doctrina dominante, sino que incluso se discute su naturaleza jurídico penal*”.

115 STC 23/1986, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:1986:23).

Juzgado Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de Palma de Mallorca y por la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la Audiencia Nacional que, después de declarar la peligrosidad social de un ciudadano, y sin haberle juzgado en la jurisdicción penal, le impuso, entre otras, el internamiento en establecimiento de trabajo por tiempo de seis meses a un año y prohibición de residir en Baleares durante seis meses y sumisión a la vigilancia de los delegados durante un año. Por tanto, el debate era *“la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por razón del delito”*.

La conclusión del TC fue que: *“[l]a imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»*”.



❧ 3 LÍMITES A LA POTESTAD PUNITIVA

3.1 El garantismo penal

Las garantías penales y procesales, nos recuerda PRIETO SANCHÍS, pueden definirse como “*aquellos límites negativos (obligaciones de no hacer) y vínculos positivos (obligaciones de hacer) impuestos al ejercicio del ius puniendi, tanto en abstracto o en el plano de la producción normativa como en concreto o en el plano aplicativo, en orden a la protección de los derechos fundamentales del imputado y del reo*”¹¹⁶. Y la limitación del poder punitivo del Estado a través del sistema de garantías introduce “*racionalidad frente a la desnuda voluntad de un poder decisionista; la esfera sometida a las garantías no es un ámbito de lo decible de modo discrecional, sino que expresa el ámbito de lo indecible o, por mejor decir, el ámbito en que sólo se puede decidir con arreglo a la verdad. Por eso, las garantías se vinculan a la idea de verdad procesal y a la naturaleza cognitiva que tiene la función jurisdiccional y que la distingue de cualquier otro poder y en especial del poder mayoritario*”¹¹⁷.

Durante la revolución norteamericana y francesa, sobre el binomio derecho-Estado se pretendió por los revolucionarios apuntalar la defensa de los derechos de los hombres y edificar las garantías¹¹⁸, y con ello controlar el ejercicio del poder. Sin

116 PRIETO SANCHÍS, L.: *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 81.

117 PRIETO SANCHÍS, L.: *Garantismo y derecho penal*, op. cit., p. 82.

118 En cuanto a los principios del proceso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano los encontramos en los artículos 7 y 9. Estos, respectivamente, establecen que: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten,

embargo, con el “fin de milenio” hemos asistido a un *aggiornamento* kafkiano del Derecho penal y el proceso que lo ordena. Ideología convertida en poder. Razonabilidad frente a racionalidad. Y una Justicia que decae ante las «razones de estado» que todo lo justifica. Estos son algunos de los síntomas. El diagnóstico deviene evidente: la descomposición del modelo de Estado de Derecho. Y sus efectos, como revela MORALES PRATS¹¹⁹:

“[1] El sometimiento o la subordinación acrítica y conformista del Derecho Penal a la evolución fáctica de los procesos políticos y sociales.

[2] La conformación de una cultura cifrada en el integrismo punitivo, con el consiguiente primado del Derecho penal ante la crisis y parálisis de otros sectores del Ordenamiento Jurídico.

[3] La reasunción de funciones moralizadoras en la intervención punitiva del Estado.

[4] La conformación de un Derecho Penal popular, que

cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia” y “Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.

En este último artículo observamos como el constituyente francés de 1789 positivizó sin reservas el principio de presunción de inocencia el cual, como veremos, constituye el elemento núcleo -la esencial- del proceso penal y cuyas consecuencias irradian e inspiran todo el proceso.

También la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, en su artículo 8 consagró: “Que en todo proceso capital o criminal un hombre tiene el derecho a exigir la causa y naturaleza de su acusación; a ser confrontado con los acusadores y testigos; a presentar evidencia a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindario, sin cuyo consenso unánime no puede ser encontrado culpable; ni puede ser obligado a dar evidencia en su contra; que ningún hombre puede ser privado de su libertad excepto por la ley del país o el juicio de sus pares”.

119 MORALES PRATS, F.: *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015, pp. 130-131.

se rige desde demandas punitivas irracionales que emergen en el seno social.

[5] Generalización de los juicios paralelos en los medios de comunicación y en nuevos contextos como Internet.

[6] Impotencia de la ciencia penal para abordar el estudio de problemas punitivos, imponiendo criterios laicos y racionales.; crisis, por tanto, de la cultura del garantismo iluminístico.

[7] Abandono de la búsqueda de un modelo articulado de instrumentos alternativos de tutela en el ámbito del Derecho Civil, Mercantil o Administrativo; fracaso por tanto de las propuestas que se formularon hace veinte años en torno a la generación de funciones preventivas y sancionadoras fuera del Derecho Penal, que pudieran orientar un proceso despenalizador”.

Pero de qué hablamos cuando hablamos de «garantismo»; cuando anteponemos esta expresión a la expansión del derecho penal y el advenimiento del *terror penal*.

Siguiendo a FERRAJOLI, en primer lugar, garantismo designa un modelo normativo de derecho que en el plano epistemológico se caracteriza “*como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva*”¹²⁰.

120 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 851-852.

Una segunda acepción de garantismo vendría asociada a la teoría jurídica de la validez y efectividad de la normas no sólo como categorías distintas entre sí, sino también con las de la existencia y vigencia de las normas¹²¹. Así, según esta acepción, la perspectiva garantista *“estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como de la conciencia del carácter en gran medida ideal -y por tanto irrealizado y pendiente de realización- de sus propias fuentes de legitimación jurídica”*¹²².

Y por último garantismo es también una filosofía política *“que impone al derecho y al estado la carga de justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la... separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento... Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado”*¹²³.

En consecuencia, *“estas tres acepciones de «garantismo», ... Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto*

121 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 853.

122 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 853.

123 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 853.

*grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él*¹²⁴.

Desde un punto de vista eminentemente operativo del uso del derecho, el garantismo puede describirse también desde dos perspectivas en atención a la relación de sujetos.

La primera vendría dada por la relación entre ciudadano-Estado, desde lo que podría calificarse como «una dimensión vertical de garantismo», cuyo significado práctico se concretaría en los instrumentos defensivos del individuo frente a las injerencias o agresiones del Estado. Es decir, el garantismo determinaría qué puede y no puede hacer el Estado.

En cuanto a las relaciones entre particulares, garantismo es también expresión del haz de mecanismos protectores frente a las potenciales agresiones por parte de otros particulares, cuyo ejemplo paradigmático lo constituiría el decaimiento del derecho de acción del individuo por el transcurso del tiempo.

El garantismo, por tanto, exige de los Juzgados y Tribunales interpretaciones equilibradas y ponderadas del acontecer procesal y siempre respetuosas con los derechos fundamentales de los justiciables. Y que tal y como nos recuerdan las SSTC 7/1983, de 14 de febrero¹²⁵ y 176/1988, de 4 de octubre¹²⁶, dichas garantías¹²⁷ son imprescriptibles, irrenunciables y, en cuanto exis-

124 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 854.

125 STC 7/1983, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:1983:7).

126 STC 176/1988, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:1988:176).

127 STSJ Madrid 6 octubre 2014 (ECLI: ES:TSJM:2014:10177): “Entre tales garantías, destacan, como marco básico, las que derivan de los principios de audiencia o contradicción y el de igualdad de partes, configuradores del derecho de defensa, consistente en alegar y probar, defendiendo las pretensiones que se sostengan en un proceso. Este derecho de defensa procesal, se halla íntimamente conectado con el derecho a un proceso justo o equitativo –fair trial, en el derecho anglosajón– y ampliamente reconocido en las normas internacionales más importan-

ta una regulación legal de los mismos, cualquier pretendida restricción o limitación al respecto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

En atención a su proyección en el desarrollo del proceso, podemos enumerarlas:

En primer lugar, todo ciudadano tiene derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley¹²⁸.

tes. Así, en el art 11.1 DUDH. se establece que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el art 6. 3 CEDHLE se dice: “Todo acusado, tiene como mínimo, los siguientes derechos: b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”. De igual modo, en el art 14.3 de los PIDCP de Nueva York, se recoge tal derecho, en estos términos: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” Y finalmente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dice, en su artículo 47: “Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. Y en el art 48 se expresa: “1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”. El derecho de defensa trata de asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso, proporcionando la tutela judicial efectiva en el caso, pues el derecho de defensa “trasciende a la mera tutela de los intereses particulares para convertirse en una exigencia estructural del proceso”.

128 Como se puede leer en la STC 110/2018, de 5 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:110), con cita a su propia jurisprudencia, este derecho fundamental “exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional” (por todas, SSTC 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2, y 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 2). Asimismo de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la garantía recogida en el artículo 24.2 CE no supone el derecho a un juez determinado en

En segundo lugar, que dicho juez ordinario predeterminado por la ley, sea, además, imparcial¹²⁹.

concreto (STC 97/1987, FJ 4) y no excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales. Así lo reconocimos cuando sostuvimos que “la atribución por Ley de competencia para conocer de un asunto a uno u otro órgano de la jurisdicción ordinaria, no lesiona los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución (STC 43/1985, fundamento jurídico 1), a diferencia de lo que, en cambio, ocurriría si se atribuyese irrazonada o irrazonablemente a una jurisdicción especial (STC 111/1984, fundamento jurídico 3); cabiendo incluso la atribución legal de la competencia a un órgano especializado o centralizado de la jurisdicción ordinaria, pero no por ello menos órgano judicial ordinario, como pueden ser la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales de Instrucción (STC 199/1987, fundamento jurídico 6)” [ATC 324/1993, de 26 de octubre, FJ único].

129 Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente el TC, vid por todas STC 38/2003, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:2003:38): “el derecho al juez imparcial es uno de los contenidos básicos del art. 24.2 CE, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un “proceso con todas las garantías” y, también, y al propio tiempo, configura un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 CE (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 44/1985, de 22 de marzo, FJ 4; 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2; 138/1991, de 20 de junio, FJ 1; 136/1992, de 13 de octubre, FJ 1; 307/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2). La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece, entonces, no sólo como una exigencia básica del proceso debido (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3) derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE) como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 5; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5), sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (SSTC 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5 y 154/2001, de 2 de julio, FJ 3). En consecuencia el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3). Por este motivo la obligación del juzgador de no ser “juez y parte”, ni “juez de la propia causa” supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra. En tal sentido la jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre una “imparcialidad subjetiva”, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones

En tercer lugar, como mecanismo idóneo para garantizar la igualdad procesal y evitar desequilibrios o indefensiones a las partes, asiste a todos el derecho fundamental a la asistencia letrada, de forma que todas las partes, con independencia de la posición procesal que ocupen, tienen derecho a contar con asesoramiento técnico.

En cuarto lugar, toda persona que se vea sometida a un proceso tiene el derecho a ser informada de los hechos y cargos que se le imputan de forma que quedan proscritos los procesos inquisitivos. Por ello el proceso penal exige la necesidad de contradicción, esto es, de enfrentamiento dialéctico entre las partes, de manera que la defensa pueda conocer el hecho punible cuya comisión se atribuye, lo que resultaría imposible de formularse la acusación en el momento de emisión del fallo condenatorio, confundiéndose así acusación y condena, originándose una situación de absoluta indefensión (SSTC 54/1985, 84/1985, 134/1986, 53/1987, y 168/1990, entre otras)¹³⁰.

En quinto lugar, el proceso en sí mismo debe ser público y desarrollarse en un tiempo razonable¹³¹.

indebidas con las partes, y una “imparcialidad objetiva”, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 11/2000, de 17 de enero, FJ 4; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3; y 153/2002, de 22 de julio, FJ 2). Asimismo, y en garantía de la imparcialidad judicial, el art. 219 LOPJ recoge una lista de causas de abstención y de recusación que evita que el órgano jurisdiccional ad quem pueda constituirse con parcialidad sobre el objeto procesal derivada de su anterior conocimiento en la primera instancia, garantizando, asimismo, el carácter devolutivo de los recursos, pues “de nada serviría la existencia de una segunda instancia si el mismo órgano jurisdiccional que conoció de la primera y dictó la resolución impugnada, pudiera (por haberse promovido algunos de sus miembros o por cualquier otra causa) conocer de nuevo el mismo objeto procesal en la segunda instancia”.

130 STC 83/1992, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:1992:83).

131 De ahí la existencia las dilaciones indebidas como mecanismo atenuatorio.

En sexto lugar, toda persona es inocente hasta que se declara su culpabilidad por un Juzgado o Tribunal. En consecuencia, toda persona que se enfrenta a un proceso debe ser tratada como inocente a lo largo del mismo. Por tanto, solamente los hechos introducidos debidamente al proceso a través de los medios probatorios admitidos serán aptos para enervar el principio de presunción de inocencia que a todos asiste.

En séptimo lugar, como expresiones del derecho de defensa, todos tienen derechos a no declarar contra sí mismos ni a declararse culpables¹³².

132 STC 197/1995, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1995:197): “*La Constitución reconoce en su art. 24.2, con especial referencia, por tanto, al proceso penal, los derechos íntimamente conectados a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ciertamente que estos derechos no aparecen enunciados expresamente en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno, en los que se recogen en las Leyes procesales. En el ámbito internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España, los proclama como derechos de toda persona acusada de un delito durante el proceso (art. 14.3). Por su parte, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagran de manera formal y expresa los citados derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de las garantías del art. 6.1 del Convenio, ha reconocido el derecho que tiene todo acusado en materia penal, en el sentido autónomo que el Tribunal ha otorgado a dicha noción en el texto del Convenio y frente al Derecho interno, a guardar silencio y de no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación (Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1993 –caso Funke v. Francia–). La doctrina sitúa los orígenes de ambos derechos, en cuanto manifestación del derecho de defensa, en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías que se inicia en la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo. Mientras que en éste, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales*

Por último, toda resolución judicial debe estar motivada y ser fundada en derecho y, por tanto, estar motivada y ser congruente con lo pedido por las partes.

Todo cuanto acabamos de decir es demostrativo de que “*por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución)*”¹³³, en este sentido “*el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental... [y] se contenta modestamente con que los jueces ... comprometidos solo con la ley ... declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos. Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...*”¹³⁴.

Y, seguidamente, les voy a hablar de los tres grandes principios que limitan el *ius puniendi*: el principio de legalidad, el de protección de bienes jurídicos y el de la culpabilidad y peligrosidad.

deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de no confesar la culpabilidad. Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/1983, fundamento jurídico 2º; 127/1992, fundamento jurídico 2º)”.

133 ALVARADO VELLOSO, A.: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 303.

134 ALVARADO VELLOSO, A.: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, op. cit., p. 305.

3.2 El principio de legalidad

Para FEUERBACH “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible*”¹³⁵. Y de ahí deduce sus célebres principios para el Derecho penal: toda imposición de una pena presupone una Ley penal (*nulla poena sine lege*); toda imposición de una pena exige la comisión de un hecho (crimen) conminado con una pena (*nulla poena sine crimine*); la comisión del hecho (crimen) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

No hay delito ni pena sin ley penal.

Y no en vano nuestro artículo 1.1 del Código Penal afirma: “*No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración*”, cuyas concreciones se prevén a lo largo de todo el título preliminar (arts. 1 a 9 CP).

Aunque hoy nadie mínimamente sensato discute este principio protagonista del Derecho penal, lo cierto es que se trata de un principio que puede ser abordado desde distintas perspectivas.

Según la primera, desde el plano más formal, preocupa al principio de legalidad qué órgano del Estado y bajo qué determinadas circunstancias es posible aprobar leyes penales. Según esta, solamente puede haber ley penal cuando se siguen los procesos formales de aprobaciones de las leyes.

Desde una segunda perspectiva, difuminando un poco más el aspecto formal, interesaría al principio de legalidad determinar cuándo la ley penal surte sus efectos y a qué determinados hechos se aplica.

135 FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 55.

Ahora bien, las perspectivas formales son insuficientes, pues ellas poco o nada nos dicen realmente sobre la determinada manera en que el Estado está ejerciendo su función represora.

Así las cosas, desde una perspectiva material -la que ahora me interesa-, al principio de legalidad también le ocupa las características imprescindibles que deben presidir las leyes penales para ser compatibles en un Estado social y democrático de Derecho. Estas notas son: estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje, la severidad en la forma y el respeto por los valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹³⁶. Sin la vigencia de estas notas, aunque se verifique la dimensión formal del principio de legalidad, la ley penal no sería compatible con Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, nos situaríamos en el plano del terror penal.

Y sobre estas notas después volveremos cuando examinemos nuestro código penal vigente para concluir que la técnica legislativa actual deja mucho que desear desde las coordenadas del principio de legalidad.

3.3 El principio de protección de bienes jurídicos

Indagar sobre qué debe proteger el Derecho penal (norma penal), sin lugar a duda, es una cuestión de difícil solución en el plano práctico, pues, indudablemente, este aspira a proteger intereses o valores relevantes para quien ostenta el derecho de penar.

¹³⁶ Esta idea la tomo del art. 148 Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado que explicita cómo deben redactarse los instrumentos públicos.

Basta acudir no demasiado lejos en nuestra historia penal para hallar delitos cuya vigencia pivotaba sobre la protección esencialmente de valores morales. Por ejemplo, el Código Penal de 1973 castigaba en su art. 165 bis b), la difusión de informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres; y en el art. 431 las ofensas al pudor las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia. O aún más evidente resultaban la falta de imprenta del art. 566.5º que castigaba a quienes ofendían levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública; y la falta contra el orden público del art. 567.3º que castigaba a quien exhibiera estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública. Sobre estos delitos, concebidos en términos no descriptivos, sino valorativos, se castigaba las prácticas o manifestaciones de nudismo, homosexualidad, sodomía, fecundación artificial, etc¹³⁷. En definitiva, acciones que realizadas por adultos basadas en el libre consentimiento no constituían lesión de derecho penal alguno.

Lo que acabamos de decir permite aflorar un debate inconcluso ¿Puede el Estado castigar acciones meramente inmorales? La respuesta es sencilla: sí que puede en tanto que ostenta la fuerza para hacerlo y exigir el castigo del infractor. Sin embargo, esta respuesta es insatisfactoria si vamos más allá y pretendemos hallar una solución desde la perspectiva de lo que debe y no debe prohibirse -y con ello castigarse- en un Estado social y democrático de Derecho.

Si atendemos a los propios valores que fundamentan nuestro Estado, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE), puede concluirse sin mayor dificultad que

137 RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 202.

sólo es posible vivificar este modelo de organización política a través de un Derecho penal que renuncie a castigar manifestaciones morales y sólo dirija su *ius puniendi* a la protección de bienes jurídicos con *real causalidad lesiva*¹³⁸ para objetos valiosos para la vigencia y supervivencia de los indicados valores del art. 1.1 CE. Dirá ROXIN que bienes jurídicos “*son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”^{139, 140}.

Sin embargo, lo que acabamos de decir poco o nada aporta a la hora de resolver preguntas como la siguiente: ¿Por qué el Código penal de 1995 sí protege los bienes jurídicos *honor e intimidad*, pero no la *propia imagen*, si resulta que tanto el derecho al honor e intimidad como a la propia imagen son derechos fundamentales y expresión del libre desarrollo de la personalidad? La respuesta escueta es que el *Código penal es una decisión política*^{141, 142}. Sin embargo, sí que ante preguntas como la anterior se puede

138 Expresión que tomamos de JÄGER, que es citado por ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 52.

139 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, op. cit., 56.

140 Sobre el concepto de bien jurídico, esencialmente, existen dos grandes teorías. Por un lado, las teorías formales que identifican el bien jurídico como lo valorado por parte del legislador y, por tanto, los bienes jurídicos se encuentran y definen en la Ley. Por el otro, las teorías materiales que asocian los bienes jurídicos a realidades preexistente al legislador y, por tanto, el legislador los reconoce en la Ley como valores merecedores de protección. En definitiva, para los formalistas “bien jurídico” es lo que se protege y para los antiformalistas “bien jurídico” es lo que se debe proteger.

141 LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador; comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 26.

142 La respuesta más extensa: el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (121/000063), presentado el 13 de septiembre de 1994, en el marco de la V legislatura, presentaba el Título IX “delitos contra la intimidad y el domicilio”, que a su vez estaba compuesto por tres Capítulos, el primero de ellos “El descubrimiento y revelación de secretos” (arts. 188 a 192), el segundo “Delitos contra la propia imagen” (art. 193) y el tercero “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al

concluir algo: no todo bien jurídico tiene que ser protegido a través del derecho penal, pues, el ordenamiento jurídico tiene mecanismos para protegerlos sin necesidad de hacer intervenir al *ius puniendi*. Así dirá MIR PUIG que “*para que un bien jurídico*

público” (arts. 194 a 196). La propuesta, grosso modo, suponía la tutela penal de los derechos al honor, intimidad y propia imagen a través del Título X (delitos de injurias y calumnias) y la intimidad por el Título IX (delitos de descubrimiento y revelación de secretos, contra la propia imagen y de allanamiento), en el que a su vez se daba también cobijo punitivo a la propia imagen (art. 193 del proyecto del Código Penal). Por parte del Grupo Parlamentario Vasco (PNV, Xabier Albistur Martín (Grupo Mixto-EuE), se presentó la enmienda núm. 52 de sustitución del art. 193.1, proponiendo el texto: “El que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización pública de su imagen (...) (el resto igual)”. De manera que la mera captación y uso privado de la imagen debía excluirse como conducta criminalmente reproachable.

El diputado LÓPEZ GARRIDO, en su intervención en el Pleno de 28 de junio de 1995, razonaría sobre este tema, que “*la pretensión de una protección penal de la imagen excede del principio de intervención mínima del Derecho Penal, porque hay ya una protección civil de la imagen, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*” [Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados), Sesión Plenaria núm. 157, celebrada el miércoles, 28 de junio de 1995, núm. 159, p. 8407].

En el Senado, lo senadores Álvaro Antonio Martínez Sevilla y José Luis Nieto Cicuendez (IU-IC), mediante la enmienda núm. 16, también interesaron la supresión del Capítulo relativo a la protección penal del derecho fundamental a la propia imagen, ya que la protección civil de este derecho era suficiente, de manera que -apuntaron- “*la protección penal resulta innecesaria y desproporcionada*” [Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), p. 109].

En la Comisión de Justicia, en sesión celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, el senador Martínez Sevilla defendió la enmienda núm. 16, en los siguientes términos: “*La enmienda número 16 es de supresión sobre el derecho a la propia imagen. Entendemos que basta y sobra la ley de protección civil, ley que tiene las consideraciones más que suficientes para defender la propia imagen, y que el derecho a la imagen no debe tener un tratamiento penal en este sentido, sino que debe tener un tratamiento a través de esta ley de protección civil*” [Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión de la Comisión de Justicia, celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, pp. 18-19].

En la intervención de los socialistas en la Sesión del Pleno celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995, el senador Joaquín Martínez Bjorkman, sobre la enmienda número 16, indicó que, por parte de su grupo, y tras una profunda reflexión, se votaría a favor, pues “*entendemos que para la protección del derecho a la propia imagen, basta y sobra con la ley de protección civil. Esto y las consideraciones que se han tenido en cuenta son suficientes para defenderlo. Por lo tanto, vamos a considerar que este derecho a la propia imagen no debe tener tratamiento penal*” [Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión del Pleno celebrada el miércoles, 25 de octubre de 1995, p. 4810].

*(en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico penal (también en sentido político-criminal), cabe exhibir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal*¹⁴³.

Frente a la mitificación del principio de protección de bienes jurídicos, que las más de las veces es poco más que una jaculatoria exteriorizada por fervorosos penalistas, trataré de esbozar un sentido al mismo que goce de razonable utilidad. Así, el principio de protección de bienes jurídicos entendido como un mecanismo de control a los excesos políticos¹⁴⁴, sencillamente es lo que he dicho hace un momento: la aspiración del Derecho penal a proteger únicamente bienes jurídicos idóneos para preservar la configuración política vigente, es decir, para garantizar las condiciones mínimas de convivencia en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Y mal que pese a muchos, si la configuración política vigente cambia, indefectiblemente los bienes jurídicos merecedores de protección penal cambiarán, de ahí el interés en hablar de bienes jurídico-penales de un Estado social y democrático de Derecho.

3.4 El principio de culpabilidad y peligrosidad

A los dos anteriores principios, es decir, que no hay delito sin Ley y que esta tiene que ir dirigida a la protección de bienes jurídicos-penales idóneos para garantizar las condiciones míni-

La aprobación definitiva del Código Penal de 1995, finalmente expulsaría de nuestro texto punitivo, en consonancia con el carácter parcial y fragmentario del derecho penal, la mera utilización de imágenes que el anteproyecto preveía en el Capítulo II del Título IX, pues la LO 1/1982 brindaba suficiente protección a este bien jurídico.

143 MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 162.

144 Resulta evidente que, desde una perspectiva de las teorías formales del bien jurídico, este tiene escasa utilidad a los efectos de limitar el *ius puniendi*.

mas de convivencia en nuestro sistema político, debe añadirse el de culpabilidad y peligrosidad. Así, si los dos primeros van esencialmente dirigidos al Legislador, este tercer principio va orientado a Jueces y Magistrados en tanto que se proyecta directamente sobre la imposición de la consecuencia jurídica. En este sentido, frente a las concepciones históricas basadas en que la producción causal del hecho era el elemento generador de la responsabilidad criminal, el principio de culpabilidad determina la necesidad de penetrar en las circunstancias personales del autor en orden a determinar si este debe ser acreedor de una pena o de una medida de seguridad.

Nuestro Código Penal de 1848 disponía en su art. 1.II que “*las acciones ú omisiones penada por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que consta lo contrario*” y, a continuación, en el párrafo siguiente se decía: “*El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale...*”. Esta concepción del texto punitivo de 1848, en definitiva, suponía una presunción *iuris tantum* de que el autor había cometido el hecho criminal voluntariamente y a él -y no a las acusaciones- le correspondía probar el dolo o la imprudencia. Mas hoy ya no es admisible esta forma de proceder, pues hoy nuestro art. 5 del Código Penal como “*No hay pena sin dolo o imprudencia*” y, por tanto, solo merecerá ser castigado con una pena el autor del hecho típico y antijurídico cuando sea culpable.

Sin embargo, huyendo de imbricadas teorías sobre el concepto de culpabilidad, lo relevante en orden al fin que persigo en este trabajo, es reflexionar acerca de qué papel juega el principio de culpabilidad en un Estado social y democrático de Derecho, es decir, cuándo un sujeto en atención a sus condiciones personales puede ser merecedor de una pena y, además, si esas circunstancias personales afectan a la hora de determinar cuánta pena debe imponérsele al sujeto.

En primer lugar, resulta claro que uno solo puede ser culpable del hecho propio y sobre este hecho propio debe construirse, en su caso, la responsabilidad penal. En consecuencia, el principio de culpabilidad niega la responsabilidad colectiva (la que podría derivar del hecho ajeno) y la traslación de la pena (sufrir una pena por la conducta de otro). Por tanto, el resultado lesivo debe poder ser atribuible a la conducta del sujeto.

En segundo lugar, si acabo de decir que el principio de culpabilidad se construye sobre la idea del hecho propio como fuente ineludible de la responsabilidad criminal, indefectiblemente, debe quedar proscrita la responsabilidad criminal por la simple razón de cómo es una persona. Dicho de otra forma, si no se produce un determinado hecho, no podrá existir fuente sobre la que construir una eventual responsabilidad criminal, pues nadie puede ser castigado sin conculcar el principio de culpabilidad por sus circunstancias personales. El ejemplo más perverso del Derecho penal de autor lo encontramos en la Alemania nacionalsocialista en la que la función del Derecho penal era “*preservar el orden concreto de la comunidad del pueblo, erradicar los parásitos y castigar la conducta contraria a la comunidad*”, a través de la “*concepción del mundo nacionalsocialista*”, tal como había sido expresada en el programa del partido y las declaraciones del Führer¹⁴⁵. De esta forma, los sujetos podían ser reprimidos simplemente por sus circunstancias personales. De hecho, en la Alemania nazi se suprimió la diferenciación entre la tentativa y la consumación¹⁴⁶; la autoría y la participación¹⁴⁷

145 AMBOS, K.: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y Radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 69.

146 AMBOS, K.: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y Radicalización*, op. cit. p. 95.

147 AMBOS, K.: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y Radicalización*, op. cit. p. 96.

y proliferó el derecho penal de la voluntad a través del adelantamiento de la punibilidad (subjektivizante)¹⁴⁸.

Así nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio afirmó que: “*la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras)*”.

En tercer lugar, el principio de culpabilidad exige que el hecho sea reprochable a su autor. Y sólo puede ser el hecho reprochable a su autor si éste podía haber actuado de otra manera, es decir, si era libre en un sentido relativo¹⁴⁹. Por ejemplo, quien actúa bajo el padecimiento de un estado delirante producido por una enfermedad psiquiátrica es obvio que a ese sujeto no se le podía exigir haber obrado de otra manera, pues, sencillamente, no podía.

De cuanto he dicho, por tanto, deducimos como el principio de culpabilidad fundamenta la pena, pues desterrada la responsabilidad criminal por el resultado, así “*el resultado sólo se causa de modo culpable cuando el autor ha previsto y querido, o por lo menos podía prever, la concreta realización típica que ha de serle imputada*”¹⁵⁰.

148 AMBOS, K.: *Derecho Penal Nacional socialista. Continuidad y Radicalización*, op. cit. p. 97.

149 No decimos ni solamente “libre” ni “absolutamente libre”, para huir de los debates sobre el determinismo y libre albedrío. Digo “relativamente libre” porque es el grado de libertad que, como señala QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, op. cit., p. 116, tiene el hombre normal para hacer una cosa u omitirla.

150 ROXIN, C.: “¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 30, 1896, p. 674.

Y, además, el principio de culpabilidad individualiza la pena, pues, como nos recuerda el ATS 8 septiembre 2005¹⁵¹ *“La individualización de la pena, pues, no ofrece duda alguna desde la perspectiva del principio de culpabilidad, que exige, como se dijo antes, que la gravedad de la pena no supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho, que, en el presente caso, por las razones mencionadas en la Sentencia, no se ha podido rebasar”*.



151 ATS 8 septiembre 2005 (ECLI:ES:TS:2005:10121A). También puede verse: SSTs 6 abril 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3163); 15 octubre 1990 (ECLI:ES:TS:1990:7271) y 21 diciembre 1992 (ECLI:ES:TS:1992:13659).

⊗ 4 ALGUNAS MANIFESTACIONES RECIENTES DE LA POTESTAD PUNITIVA

En las democracias occidentales la creación de delitos no descanza en una suerte de alumbración mística o generación espontánea del legislador, sino que su existencia está inexorablemente vinculada a la realidad social.

Los delitos surgen porque el legislador, las más de las veces, desea satisfacer una necesidad social de protección de valores. Dicho de otro modo, ante el crecimiento de conductas irrelevantes al derecho porque no están prohibidas, pero que envilecen a la sociedad, ésta demanda su castigo. Y esto, en realidad, es lógico si se repara que el código penal es la expresión de concordia mínima de los ciudadanos sobre las conductas prohibidas. Sin embargo, el riesgo aflora cuando conductas aisladas justifican la creación de nuevos tipos penales porque el parámetro de la concordia se sustituye por el de la oportunidad y con ella de paso al populismo punitivo.

4.1 La difusión de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima (art. 197.7 CP)

4.1.1. La creación del delito (2015)

A finales del verano de 2012, un pueblo de Toledo, los Yébenes, se convertiría en el epicentro del fenómeno sísmico provocado por la difusión inconsentida del video erótico de la edil socialista de la Corporación Local, doña Olvido Hormigos.

Los hechos que desataron toda esta polémica consistieron en que, a partir del 8 de agosto de 2012, a través de *WhatsApp*, se comenzó a difundir masivamente un video protagonizado por Olvido Hormigos en el que aparecía semidesnuda masturbándose¹⁵².

La singularidad del caso era que se trataba de un video por ella misma grabado y voluntariamente enviado al jugador de fútbol del equipo local con el que mantenía una relación¹⁵³, y este posteriormente lo difundiría sin contar con el consentimiento de la edil¹⁵⁴.

Las reacciones sociales ante los hechos, que fueron recogidos por la mayoría de los medios de comunicación y objeto de tertulias televisivas y radiofónicas, no se hicieron esperar y el jueves 6 de septiembre de 2012, cuando la concejala socialista se dirigía al pleno municipal, fue recibida en las inmediaciones del Ayuntamiento entre abucheos e insultos¹⁵⁵ por parte de numerosos vecinos que la esperaban allí para increparla por su conducta y solicitarle que abandonara su acta de concejal¹⁵⁶.

A pesar de las voces críticas, tanto en el propio municipio como en el plano nacional en general, no faltaron las muestras de apoyo a la concejala a través de Twitter, bajo el hashtag “#olvidonodimitas”.

152 Vid. Redacción: “Olvido Hormigos, concejal de los Yébenes: «Después de los apoyos estoy pensando en no dimitir””, ABC, 6 de septiembre de 2012.

153 PÉREZ HERRERA, A.: “Un futbolista que mantenía con la edil una «amistad íntima», acusado de filtrar el vídeo”, ABC, 6 de septiembre de 2012.

154 Redactor, “La concejala Hormigo le mandó el vídeo a su amante”, *Catalunyapress*, 10 de septiembre de 2012.

155 SIMÓN, P.: “La concejal del vídeo erótico recibida con gritos de ‘puta’ y ‘zorra’ en el pleno”, *El Mundo*, 7 de septiembre de 2012.

156 Redactor, “Olvido Hormigos, recibida con insultos en el Ayuntamiento de Los Yébenes”, *Ecodiario*, 7 de septiembre de 2012.

Entre los personajes públicos que manifestaron su apoyo a la edil, encontraríamos, por ejemplo, a la Vicesecretaria General del PSOE, Elena Valenciano, que publicó en su cuenta Twitter: “*No dimitas por eso, Olvido. Ni se te ocurra. Yo apoyo a Olvido Hormigos*”; el Secretario General del Grupo Socialista en el Congreso, Eduardo Madina, que señalaría: “*Basta ya de esa España de Bernarda Alba, por favor*”; el PSOE de Castilla-La Mancha pidió en señal de apoyo “*respeto para la concejala de Los Yébenes por una cuestión que entra dentro del más estricto ámbito de su privacidad*”; o la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, escribiría en la red social: “*En defensa de tu intimidad. #Olvidonodimitas*”¹⁵⁷.

Otros *hashtags* en apoyo de la concejal se sucedieron a lo largo de los días, por ejemplo, el de “*#YoTambienMeMasturbo*”. Y también mensajes como: “*para que quede claro #yotambienmemasturbo*”, por parte de la diputada socialista Patricia Hernández; o “*Yo también soy cargo público y #yotambiémmemasturbo #OlvidoNoDimitas*”, publicaría la edil de las Rozas, Cristina González¹⁵⁸.

Incluso también hubo campañas populares masivas de apoyo a la edil a través de plataformas como la de *Change.org* iniciadas por ciudadanos sin relevancia mediática.

En el plano judicial se incoaron las oportunas diligencias previas para investigar los hechos denunciados por la concejala contra el jugador y el alcalde de los Yébenes, a quien también denunció por dar difusión del vídeo desde el móvil y correo de la Alcaldía.

157 PRADES, J.: “Un Patio de vecindario virtual”, El País, de 6 de septiembre de 2012.

158 Redactor: “Aluvión de muestras de solidaridad con Olvido”, El Mundo, 6 de septiembre de 2012.

El Juzgado de Instrucción 1 de Orgaz (Toledo), sin embargo, una vez practicadas las diligencias esenciales dirigidas a la determinación de los hechos y sus autores, mediante auto de 15 de marzo de 2013, acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por un aparente delito contra la intimidad de Olvido, por considerar que el Código Penal no tipificaba la difusión inconsentida de imágenes o videos obtenidos con el consentimiento de su titular.

Razonaría la juzgadora que sólo si el jugador de fútbol hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin autorización se podría hablar de un delito contra la intimidad. Y en el caso del alcalde, apuntaría que más allá de un mero reproche ético y social sobre el que no le corresponde pronunciarse, aunque lo hubiera hecho no habría incurrido en un delito, pues el vídeo no fue obtenido sin autorización.

En definitiva, siguiendo los tradicionales principios rectores en materia de protección penal de la intimidad, se podía leer en el auto que *“este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad”*.

Dicha resolución, además de descansar en un sentido común jurídico que exige una interpretación cabal de los tipos penales vigentes al tiempo de los hechos, era una manifestación del principio de legalidad, ya que el entonces vigente art. 197 CP contemplaba como delito a este respecto, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima, y, por el otro, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada.

Las masas, sin embargo, no daban crédito como el código penal podía desproteger a las mujeres que eran víctimas de conductas como la sufrida por la concejala Olvido Hormigos. Y este sentir popular sería recogido por numerosos programas de tertulia televisada y radiofónica que machaconamente se dedicaron a censurar la política criminal del país tachándola de blanda o misógina. De hecho, tampoco faltaron los políticos españoles que al calor de la tensión popular vigente llegaron a hacer declaraciones públicas calificando como “sexista” la protección que el Código Penal realizaba de la intimidad.

Todo este bullicio político-criminal desencadenó que, desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se propusiera al Ministerio de Justicia la previsión en nuestro código penal de un delito de difusión in consentida de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima; fenómeno que, en todo caso, ni era novedoso ni, mucho menos, habitual. Sencillamente en esta ocasión la víctima fue una política y el hecho se viralizó.

Así se aprobó el art. 197.7 CP que dice: *“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”*.

Decía anteriormente que una de las máximas aspiraciones del principio de legalidad es que las leyes penales sean claras, precisas y taxativas como la más perfecta manifestación garantista frente a las normas oscuras que permiten aplicaciones arbitrarias.

Cuándo y qué castigar son las preguntas esenciales en la configuración de un programa garantista de derecho penal mínimo. Me refiero, en primer lugar, cuándo debe añadirse un nuevo delito al catálogo criminal. Y, en segundo lugar, qué tipo de agresiones a dicho bien exigen previsión típica.

El legislador de 2015 decidió acometer una trascendente reforma de la tutela penal de la intimidad a partir de la imposición de deberes de sigilo respecto de imágenes obtenidas con el consentimiento del titular. De esta manera, por imperativo de una norma penal todos los ciudadanos que hubieran tomado o recibido dichas imágenes pasarían a ser confidentes necesarios.

Desde luego que la reflexión legislativa en torno a qué castigar fue inexistente, simplemente daba rédito político. Y esto bastaba.

Si el populismo es definido como la “*tendencia política que pretende atraerse a las clases populares*”¹⁵⁹, no habría mayor ejemplo de populismo punitivo que la inclusión de este nuevo delito creado *ad hoc* para satisfacer a la ciudadanía que bramaba frente a un Código Penal que no daba protección a Olvido Hormigos.

Desde un tiempo para acá vivimos un extraño fenómeno que podríamos calificar de *síndrome de Estocolmo jurídico-penal*. Este provoca que las masas, por un lado, reclamen más derechos y mayores libertades frente a un Estado que califican como opresor, y, por el otro, exijan el engrosamiento del catálogo punitivo en limitación de su propia libertad. Y no conforme con esta realidad, el escarnio intelectual se recrudece, pues lejos de considerarse a sí mismos y su libertad como un *prius* y un *maius*, desean que el Estado adopte un rol paternalista que supla las deficientes decisiones que libere y voluntariamente toman.

159 Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

No puede obviarse que es imposible la comisión del delito previsto en el art. 197.7 CP si el sujeto activo no obtiene las imágenes con el consentimiento del sujeto pasivo, lo que supone que el obrar responsable y diligente de la víctima imposibilita la comisión de este delito. Es por ello por lo que con toda crudeza se puede decir que en nuestro ámbito se está recurriendo al Derecho Penal para proteger los comportamientos irresponsables de las víctimas.

En cuanto al *cómo se ha regulado*, es decir, preguntarnos si la configuración del delito desde la técnica jurídica exigible en un Estado de Derecho es apta o no; podemos afirmar que estamos ante un delito que se construye sobre la más absoluta inseguridad jurídica, pues el tipo no está pensando sólo en imágenes eróticas, sino en cualquiera apta para mostrar recodos de la intimidad (reveladoras de creencias políticas o religiosas, de salud, etc.), de manera que su afectación grave, y, por consiguiente, la declaración de los hechos como constitutivos de delito o no, va a depender de los prejuicios sociales y morales del juzgador siguiendo el criterio del sujeto pasivo.

Parece olvidar nuestro legislador que este criterio legislativo tan contrario a las garantías (me refiero al de introducir conceptos valorativos) es el mismo que en la época franquista –y bien entrada la democracia– era utilizado, por ejemplo, en el art. 431 CP/1973, para castigar al *que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia*¹⁶⁰. Sin embargo, la historia parece demostrarnos una vez más que *lo que antes ser muy mal, permanecer todo igual, hoy resultar excelente*¹⁶¹.

160 Ya he dicho *ut supra* que con este delito se castigaban conductas como el nudismo, el exhibicionismo, la homosexualidad, la sodomía o la fecundación artificial.

161 Estrofa de la canción “Cuervo igenuo”, de Javier Krahe.

El resultado que arroja este nuevo precepto es desalentador para la represión punitiva en un Estado de Derecho, pues no sólo el Derecho Penal en materia de tutela de la intimidad deja de ser *ultima ratio* –que ahora lo será el derecho civil– para convertirse en *prima ratio*, sino que, además, el único elemento de recorte de la esfera de incriminación de precepto descansa sobre un concepto jurídico indeterminado que su significado dependerá de valores morales e ideológicos.

A principios del siglo XX señalaría MAYER, que el Derecho Penal no puede quedar aislado o ajeno a la evolución histórica y al progreso social porque la cultura y el derecho se caracterizan por su permanente interacción e dependencia¹⁶², sin embargo, dicha dependencia entre el Derecho penal de la cultura, del cambio social y, por tanto, también del cambio técnico-económico y moral, no significa, siguiendo a HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que tenga sin más que reflejar ese cambio, sino que el Derecho penal debe elaborar el cambio social con sus propios principios e instrumentos. Obviamente no se busca un Derecho penal atávico alejado del desarrollo cultural y social. Pero sí que se enfrente a esta evolución “*desde un punto de vista crítico y, en la medida de sus posibilidades instrumentales, productivamente. Debe rechazar, por tanto, cualquier tipo de funcionalización política y social, oponiéndole sus propios principios valorativos, como los de la responsabilidad por el hecho y subsidiariedad, presunción de inocencia, protección de bienes jurídicos, dañosidad social y proporcionalidad de sus consecuencias*”¹⁶³.

162 MAYER, M.E.: *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, passim.

163 HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, op. cit., pp. 173-174.

Los clásicos postulados de VON LISZT que configuraban el Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política criminal¹⁶⁴, hoy han dejado de estar vigentes.

La función preventiva de la pena y el Derecho penal como herramienta para la consecución de fines políticos es evidente. Asistimos a la continua burocratización o administrativización del derecho penal que, en una destilación del principio de ofensividad material, introduce los delitos de peligro abstracto. Y a la convicción de que el Derecho penal es medicina apta para curar todos los problemas sociales, lo que desemboca en la creencia que lo que no es objeto de represión penal está permitido.

Cada vez más nos encontramos ante un proceder legislativo declarativo-formal cuya pretensión es simplemente plasmar en la norma penal del modo más fiel y contundente las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, evitando cualquier reflexión en torno a si la norma puede colaborar o no a la solución del problema¹⁶⁵.

La utilidad de este nuevo ideario alejado de los postulados ilustrados es evidente. Mediante un Derecho penal funcionalizado por la Política criminal, la clase política encuentra un sólido mecanismo de justificación utilitaria de la represión ante la opinión pública, y que se puede adaptar armónicamente a los demás instrumentos políticos que buscan solucionar problemas¹⁶⁶.

164 VON LISZT, F.: “Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893)”, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Band 2 1892 bis 1904)*, De Gruyter, Barlin, 2011, pp. 75-93.

165 DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, núm. 103, p. 66.

166 HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, op. cit., p. 173.

Esta deconstrucción del ideario garantista comporta que el Derecho penal no pueda limitar los fines de la política. Basta imaginar el descrédito político que hubiera sufrido el partido político que se hubiera opuesto a incriminar la difusión ilícita de imágenes obtenidas con el consentimiento su titular, cuando la sociedad en tropel exigía su represión penal.

La defensa del derecho penal garantista con la actual comprensión de la política comportaría un coste electoral inasumible, pues los principios limitadores de la intervención penal serían un estorbo para legislar al son de los hechos corrientes, de los sí... pero no.

En este debilitamiento garantista apreciamos indeclinablemente una huida del legislador hacia las leyes indeterminadas, que, en opinión de HASSEMER y MUÑOZ CONDE se produce a través de: (1) *Un creciente aumento del empleo de conceptos vagos y de cláusulas generales en los preceptos legales.* (2) *Dejando en la penumbra los límites entre criminalización y descriminalización en algunos ámbitos de comportamientos ilícitos.* (3) *Dejando que sea el propio juez quien decida, ofreciéndole conceptos que dejen un amplio margen a su discrecionalidad*¹⁶⁷.

Ante el expansionismo del derecho penal, MORALES PRATS, junto con otros autores, señalaría que esto no tenía por qué ser una consecuencia inexorable del Estado social de Derecho, sino de una crisis coyuntural¹⁶⁸. Sin embargo, en 2015, dos décadas después, apuntó que tanto él como el resto de los herederos de un modelo utópico basado en la mayor realización de los

167 HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, op. cit., p. 175.

168 MORALES PRATS, F.: "Funciones del derecho penal y sociedad civil", *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, pp. 61 y ss.

derechos y libertades del individuo, erraron en el diagnóstico basado en la irrupción de planteamientos neoliberales, que, al oponerse al intervencionismo, habían vuelto a suscitar el viejo “Estado guardián” por medio del derecho penal¹⁶⁹.

La perspectiva histórica –dirá– demuestra que se trataba de un proceso inexorable, producto de los tiempos modernos que han sumido el Derecho penal en la funcionalización, comenzando así a perder paulatinamente las señas de identidad, de singularidad, en cuanto que instrumento excepcional, por primitivo, represivo y estigmatizante¹⁷⁰.

Como decía anteriormente, hoy nos encontramos ante un significativo hecho socialmente relevante para el estudio del Derecho penal, y es que el imaginario colectivo concibe que todo aquello que no es objeto de represión penal está permitido.

Este fenómeno que provoca y justifica el uso del derecho penal como instrumento político denota la tendencia a una nueva *Edad Media* donde el garantismo deja de ser una realidad para convertirse en utopía¹⁷¹.

Por eso afirmo que el art. 197.7 CP es reflejo de esta cultura de fagocitosis que pone en jaque la concepción del derecho penal como *ultima ratio*. Nos encontramos ante un precepto que responde a la funcionalización de aquel y que está concebido desde un ideal que desconoce los principios valorativos y limitadores de la represión penal propios de un Estado de Derecho,

169 MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., pp. 122-123.

170 MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., pp. 124-125.

171 MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., p. 125.

pues crea un delito de infracción genérica del deber de sigilo replanteando el modelo de incriminación en los delitos contra la intimidad en clave de expansión punitiva¹⁷².

Y por si esto no fuera suficiente, en el único elemento de recorte de la esfera de incriminación del tipo (exige *que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal*), además de mezclar las fronteras entre el ilícito civil y penal, efectúa una *laudatio* a la inseguridad jurídica en la medida que traslada a los Jueces el deber de acotar los márgenes de criminalización del precepto, y que, como ya se ha dicho, dependerá de los prejuicios morales e ideológicos de estos.

4.1.2 La expansión del delito (2022)

Evidentemente el legislador se quedó insatisfecho con la proyección de su creación: el delito de difusión in consentida de imágenes y videos del art. 197.7 CP. Y por eso la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, expandió sus efectos de incriminación al castigar también (con la pena de multa de uno a tres meses) “*a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada*”.

Para situarnos tengamos en consideración el siguiente diagrama sobre los hechos criminalizados en el art. 197.7.I y II CP:

[momento 1] A se hace una foto erótica y se la envía a B, quien, in consentidamente se la reenvía a C, D y E.

[momento 2] C, D y E reenvían esa imagen a F, G y H.

172 En este sentido, MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., p. 112.

[momento 3] F, G y H la reenvían a I, J y K.

El legislador de 2015 incorporó el delito del art. 197.7 CP para castigar la conducta de B, pero no la de C, D, E, F, G, H, etc.

El legislador de 2022 amplía el delito del art. 197.7 CP para castigar también la conducta de C, D, E, F, G, H, etc.

El fundamento de este delito autónomo, de idéntica arquitectura que el del art. 197.3.II CP, “*responde a razones de política criminal, cuales son evitar la impunidad de ciertas conductas ajenas a la vulneración directa del derecho a la intimidad pero que igualmente atacan contra el mismo y son merecedoras de reproche penal*”¹⁷³. Por tanto, será típica conforme el art. 197.7.II tanto la conducta del primer divulgador distinto del primer receptor de las imágenes o grabaciones audiovisuales típicas del art. 197.7.I CP, como las de posteriores divulgadores.

Que estamos ante otra manifestación populista lo encontramos en el hecho de que el legislador etiqueta este delito como leve (art 33.4.g CP) y, por tanto, su persecución está limitada por la propia naturaleza del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves. En consecuencia, salvo excepciones, va a resultar imposible averiguar las circunstancias de los hechos y la identificación de los sujetos con anterioridad al acto de juicio, especialmente si reparamos en que estos se van a producir en el ámbito telemático.

Solo puede calificarse de entelequia el que alguien conciba que nuestros Juzgados de instrucción van a acordar comisiones rogatorias a empresas extranjeras para identificar usuarios; identificar direcciones IP, etc., como actos tendentes a preparar el

173 STS 10 diciembre 2004 (ECLI:ES:TS:2004:8004).

juicio por delito leve. Y lo que es directamente inviable es se acuerden accesos o intervención de dispositivos de los denunciados como acto preparatorio de un delito leve.

La única posibilidad real del enjuiciamiento de estos delitos, salvo excepciones, será cuando al albur de una instrucción por un delito del art. 197.7.I CP, se hallen indicios de la comisión de un delito del art. 197.7.II CP respecto de segundo divulgadores y se dicte para estos la resolución del art. 779.1.2ª LE-Crim.

A lo anterior, ya de por si complejo, se une el hecho de que la prescripción de este nuevo delito es de sólo un año (art. 131.1.IV CP) con lo que ante sujetos no identificados será más que probable que prescriba el delito.

Y todo ello, evidentemente, sin detenernos ahora sobre el elemento subjetivo del delito cuya prueba, las más de las veces, tampoco será sencilla, pues se exigirá acreditar por las acusaciones que el sujeto tenía conocimiento de que la imagen o video difundido era un una imagen o video obtenido por el primer divulgador con consentimiento de la víctima y sobre el que pesa una prohibición de difusión.

Este delito, por tanto, es la más perfecta expresión de la indiferencia del legislador por un delito en el que no cree y un crimen que no desea realmente perseguir.

La utilidad de la incorporación de este delito es poder afirmar el legislador: “nosotros incluimos este delito para evitar impunidades”. Sin embargo, el tiempo lo dirá, pero todo apunta a que es un delito cuya aplicación será aún más marginal que la del art. 197.7.I CP y, por tanto, una manifestación simbólica.

Una última reflexión, si la pena multa de cuota diaria media en España es aproximadamente 6-9 euros por día (dato que extraigo de mi propia experiencia profesional), y teniendo en cuenta que este delito prevé una pena multa de uno a tres meses, la cuantía media de las penas multas que se impondrán en las condenas por este “importante” delito oscilarán entre 180 y 810€. Ante sobrecogedor dato no soy capaz de esbozar una idea sobre el fin de la pena que nuestro legislador ha buscado en este delito.

4.2 El delito acoso (art. 172 ter CP) desde la mirada de Orwell

Tal como sugería HEGEL, soy consciente de que nos acercamos a los textos con unas categorías previas que nos condicionan y limitan, pero que no nos eximen de una racionalidad a la que estamos obligados, la que enseña que la interpretación del pasado no es —ni puede ser— unívoca: *“El historiógrafo corriente, medio, que cree y pretende conducirse receptivamente, entregándose a los meros datos, no es en realidad pasivo en su pensar. Trae consigo sus categorías y ve a través de ellas lo existente”*¹⁷⁴.

Como meros observadores de la realidad, vemos que *“No es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época”*¹⁷⁵. Una época en la que si algo no cabe es el olvido o el desasimiento sobre los deberes y derechos a los que estamos llamados: la defensa de la libertad, la tolerancia y la libertad de las consciencias. Principios que deberían inculcarse en todas las Facultades y en

174 HEGEL, F.: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid, 2004, p. 54.

175 HEGEL, F.: *Fenomenología del Espíritu*, Fondo de cultura económica, México, 1966, p. 12.

todas las aulas con independencia de la disciplina. Pero, desgraciadamente, no siempre ocurre. A este respecto, DWORKIN advierte de un grave peligro: “*A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano*”¹⁷⁶. Sin embargo, el ámbito de las cuestiones fronterizas –o morales– suele dejarse en la trastienda, para que el polvo ceniciento las cubra de oprobio. La razón se antoja sencilla: solo el Derecho positivo basta, solo la Ley es materia de estudio. Y cuando esto ocurre –que no siempre–, se deja de comprender que “*los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos morales o de estrategia*”¹⁷⁷.

Frente a esta difusa realidad debemo rebelarnos. No desde la algarabía, sino a través de aquellas obras que la Literatura ha dejado para el goce y la reflexión, y a las que debemos rendir homenaje con su lectura y su interpretación. Pero esta no siempre es una realidad bien admitida. Su dificultad fue señalada por ORTEGA Y GASSET en su obra *Ideas sobre la novela*, donde no duda en sostener que la novela histórica es un género fallido en su propia esencia: “*Yo encuentro aquí la causa, nunca bien declarada, de la enorme dificultad –tal vez imposibilidad– aneja a la llamada ‘novela histórica’. La pretensión de que el cosmos imaginado posea a la vez autenticidad histórica mantiene en aquella una permanente colisión entre dos horizontes. Y como cada horizonte exige una acomodación distinta de nuestro aparato visual, tenemos que cambiar constantemente de actitud; no se deja*

176 DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 44.

177 DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, op. cit., p. 51.

al lector soñar tranquilo la novela, ni pensar rigurosamente la historia. En cada página vacila, no sabiendo si proyectar el hecho y la figura sobre el horizonte imaginario o sobre el histórico, con lo cual todo adquiere un aire de falsedad y convención. El intento de hacer compenetrarse ambos mundos produce solo la mutua negación de uno y otro; el autor –nos parece– falsifica la historia aproximándola demasiado, y desvirtúa la novela, alejándola con exceso de nosotros hacia el plano abstracto de la verdad histórica”¹⁷⁸.

Sin negar la autoridad de Ortega, no puedo estar más en desacuerdo con esta afirmación. A nadie escapa la antigua relación que existe entre la Historia y la Literatura. Lo vemos en la *Iliada* de Homero, en la *Antígona* de Sófocles, en la *Eneida* de Virgilio, en el *Bellum Punicum* de Nevio, y en tantas y tantas obras¹⁷⁹. Por esta razón, la Literatura y el Derecho no son ámbitos ajenos entre sí. En efecto, el paso del tiempo demuestra que el Derecho y la Literatura, lo jurídico y lo literario, no son campos excluyentes, sino complementarios, como lo demuestra el movimiento que lleva por nombre *Derecho y Literatura*.

Ciertamente, el equilibrio no es fácil de conseguir. Todo depende de cómo uno se acerque a la Literatura: por un *delectare* o por un *prodesse*. Si se analiza esta última variante, podremos observar que detrás de una buena novela hay siempre un esfuerzo de documentación del autor, de buscar la verdad¹⁸⁰.

178 ORTEGA Y GASSET, J.: *Ideas sobre la novela*, Alianza, Madrid, 1982, p. 47.

179 Algunas de ellas brillantemente tratadas por OBARRIO MORENO, J.A.: *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Dykinson, Madrid, 2017; *Un estudio sobre la Antigüedad: La Apología de Sócrates*, Dykinson, Madrid, 2018.

180 ECO, U.: *Seis paseos por los bosques narrativos. Harvard University, Norton Lectures. 1992-1993*, Lumen, Barcelona, 1996, p. 100: “Más allá de otras, importantísimas, razones estéticas, pienso que nosotros leemos novelas porque nos dan la sensación confortable de vivir en un mundo donde la noción de verdad no puede ponerse en discusión, mientras el mundo real parece ser un lugar mucho más insidioso”.

A hacer realidad esta concepción me dirijo, con la única pretensión de intentar evidenciar los peligros que corre una sociedad cuando el Poder se aleja de la esencia del Derecho, que no es otra que la Justicia –ese arte de lo justo y equitativo–, para adentrarse en los procelosos y execrables caminos de la dominación, de la violencia o del exterminio. Un terreno que ha sido descrito por una Literatura que se aleja de la mera ficción para entrar en el negro corazón de ese verdugo llamado totalitarismo, cuya máxima expresión lo hallamos en la literatura de Orwell, y que es aquel que niega al individuo su esencia y su conciencia, el mismo al que solo le importa el sometimiento y la jerarquía, pero nunca la verdad, ni los principios, ni los derechos, y menos aún el hombre, porque el hombre, como individuo, no existe, solo es una pieza más de un engranaje gris llamado Partido, Ideología, Patria, Raza, Estado.

La barbarie, como la injusticia, no puede ser silenciada, y menos aún olvidada. Por eso conviene rebelarse contra esa lacra que acecha en cualquier lugar. Es el mal del que habla Tácito, cuando recuerda, no sin tristeza, que en tiempo de Tiberio los romanos “*cayeron en el servilismo*” de los bárbaros. Pero la barbarie no se detiene: pervive en la Historia. Pervive en las ideas y en las religiones. Pervive en los hombres y en los colectivos. Pervive siempre. Y no solo pervive, sino que se recrudece con el tiempo. Y se recrudece en el siglo XX, con la aparición de los nuevos bárbaros –el comunismo y el fascismo– contra los que se alza Orwell. Y se recrudece en el siglo XXI de una forma vil y despiadada. Conocerlo nos libera del estupor. Denunciarlo nos libera del oprobio

Y dado que en España asistimos en el último tiempo a una producción compulsiva de normas penales, me ha parecido especialmente sugerente traer aquí la obra de Orwell: “*Rebelión en la Granja*”, para con ella reflexionar sobre cómo las Leyes, a

través de pequeños matices, son alteradas para satisfacción de quien ostenta el Poder.

No voy ahora a ofrecerles una sinopsis del libro de Orwell, pues sería ocioso en tanto que es una obra conocida por todos, pero sí que conviene apuntar o recordar lo pertinente y útil al objeto de este discurso, esto es, el simbolismo del lenguaje en la producción normativa y como el lenguaje puede ir adaptándose a las necesidades del momento; necesidades que no siempre tienen que ver con las de la mayoría.

Nos cuenta Orwell que una noche el “Viejo Comandante”, un verraco de la granja del señor Jones, comunicó al resto de los animales su sueño: la libertad de los animales. Y no por cualquier causa, sino porque “los seres humanos nos roban casi todo el producto de nuestro trabajo... quitemos al hombre de la escena y la causa fundamental del hambre y del exceso de trabajo desaparecerá para siempre”¹⁸¹. El Comandante, en definitiva, expuso a todos los animales allí presentes que el hombre era el enemigo y tenían que liberarse de “la única criatura que consume sin producir. No da leche, no pone huevos, es demasiado débil para tirar del arado, no corre con rapidez suficiente para atrapar conejos. Sin embargo, es dueño y señor de todos los animales”.

A los tres días de ese emocionante y sugerente discurso, el Comandante murió y su sueño quedó fijo en el espíritu de los animales y el testigo de tal noble empresa, como no podía ser de otra manera, recayó en los cerdos -los animales más inteligentes- que fueron dirigidos por Bola de Nieve y Napoleón, dos verracos jóvenes, junto con el cerdito Chillón, un brillante

181 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, Debolsillo, Barcelona, 2021, p.24.

conversador que era “capaz de convertir lo negro en blanco”¹⁸². Entre los tres elaboraron el sistema de pensamiento llamado “animalismo” que tenía por finalidad vivificar el sueño del Comandante.

Aunque con iniciales dudas, la revolución animal finalmente triunfó. Expulsados los humanos y conquistada la libertad por los animales, Bola de Nieve cogió un pincel y tachó “Granja solariega” en el barrote superior de la puerta de la granja y en su lugar escribió “Granja animal”¹⁸³. Y como no podía ser de otro modo, ambos cerdos explicaron al resto de animales que habían logrado sintetizar y reducir los principios del animalismo a siete principios que pasarían a ser una “ley inalterable que todos los animales de la granja deberían obedecer para siempre”:

1. Todo lo que camina sobre dos patas es un enemigo.
2. Todo lo que camina sobre cuatro patas o tiene alas es un amigo.
3. Ningún animal llevará ropa.
4. Ningún animal dormirá en una cama.
5. Ningún animal beberá alcohol.
6. Ningún animal matará a otro animal.
7. Todos los animales son iguales.

Y sobre estas aparentes bondadosas normas que fueron leídas en voz alta por Bola de Nieve, “todos los animales asintieron con la cabeza, dando su completa conformidad, y los más listos empezaron a aprender los mandamientos de memoria”¹⁸⁴.

182 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 32.

183 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 37.

184 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 38.

Los días en la “Granja animal” pasaban y todos juntos sacaban el trabajo, no sin esfuerzo, con éxito. Incluso, al poco tiempo, podía decirse que “los animales nunca habían imaginado que podían ser tan felices”¹⁸⁵. Eso sí, desde un primer momento los cerdos en realidad no trabajaban, sino que dirigían y supervisaban a los demás, pues “con sus conocimientos superiores era natural que asumieran el liderazgo”¹⁸⁶. Y había otros que, en cambio, parecía que todo el trabajo de la granja recayera sobre ellos, como era el caso de Boxeador, el caballo¹⁸⁷.

Sin embargo, al poco tiempo sucedían cosas que, salvo a los cerdos, no agradaban a nadie. Por ejemplo, que toda la fruta fuera recogida y llevada al guadarnés para uso de los cerdos. Y lo mismo respecto de la leche¹⁸⁸. Ante la perplejidad del resto de los animales, los cerdos decidieron enviar a Chillón para persuadirles a todos ellos.

Como es obvio, la convivencia de dos líderes, Bola de Nieve y Napoleón, no era algo sencillo. Y prueba de ello es que al tiempo Napoleón lazó a nueve perros enormes que había estado criando en secreto contra Bola de Nieve. Los animales aterrorizados por la fuerza de las bestias de Napoleón, vieron como éste se situó en el lugar donde el Viejo Comandante pronunció su discurso, y proclamó que en lo sucesivo la granja estaría liderada por un Comité presidido por él mismo, cuyas reuniones serían secretas y únicamente se comunicaría al resto de animales lo que en ellas se hubiese decidido.

185 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 41.

186 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 40.

187 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 41.

188 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 46.

Ante cualquier escenario adverso, Napoleón siempre mandaba a Chillón para convencer y a los perros para, llegado el caso, vencer. Nada podía hacerse, Napoleón tenía la fuerza y, por tanto, el Poder.

En un momento dado, los cerdos se instalaron en la casa de la granja: comían en la cocina, usaban el salón como lugar de recreo y dormían en cama¹⁸⁹. Ante esta circunstancia, Trébol recordando el cuarto mandamiento se mostró sorprendido y pidió a Muriel que se lo leyera, quien lo hizo con cierta dificultad. Decía: “Ningún animal dormirá en una cama con sábanas”. Lo cierto es que Trébol no recordaba que el cuarto mandamiento dijera eso, pero como estaba en la pared, suponía que debía ser cierto¹⁹⁰. Y Chillón razonó: “Supongo que no iréis a pensar que alguna vez se prohibió el uso de las camas. Una cama significa nada más que un sitio para dormir. Bien mirado, un montón de paja en un establo es una cama. La norma prohibía las sábanas, que son una invención humana”¹⁹¹.

Los años pasaban, y ante una gestión del cerdo Napoleón basada en el duro trabajo impuesto, parecía, de alguna manera, “que la finca se había enriquecido sin hacer más ricos a los propios animales... excepto, claro está, a los cerdos y a los perros. Eso quizá se debía en parte a la cantidad de cerdos y de perros que había”¹⁹², y no es que los cerdos no tuvieran que trabajar -explicaba Chillón-, sino que “tenían que afanarse todos los días con cosas misteriosas llamadas «archivos», «informes», «minutas» y «notas»”¹⁹³.

189 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 71.

190 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 42.

191 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 42.

192 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 118.

193 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 118.

Sin embargo, llegó un momento en que los cerdos aprendieron a andar erguidos sobre sus patas traseras, Napoleón vistió la ropa del señor Jones y los cerdos acabaron siendo confundidos con humano. Y en ese preciso momento se pudo leer en la pared:

“TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MÁS IGUALES QUE OTROS”¹⁹⁴.

Y esto, al fin y al cabo, es una perfecta radiografía del totalitarismo, a veces silencioso, que se impone a través de una constante ideologización de la Ley que pasa a decir lo que algunos quieren que digan para satisfacción de su propia ideología. El ejemplo lo hemos visto con los cerdos de Orwell.

Indudablemente la política criminal busca penetrar en el territorio de la libertad y cercar conciencias buscando, en no pocas ocasiones, convertir la ideología en poder y el Derecho en un instrumento represivo.

Creo bastante obvio afirmar que el análisis de la cuestión de la justicia del Derecho bajo el prisma de la legitimidad formal puede llegar a ser perverso.

El ejemplo lo hemos expuesto: la política legislativa de los cerdos en *Rebelión en la Granja*. Y, si trazamos una analogía, observamos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, como el legislador español manipula las normas penales por puro interés y en grosera desatención de un programa de derecho penal mínimo.

194 ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, op. cit., p. 121.

En la obra de Orwell vemos la facilidad con la que las normas pueden ser manipuladas. La norma original que decía: “*ningún animal matará a otro animal*”, llegaría a decir, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, “*ningún animal matará a otro sin ningún motivo*”, o de afirmar inicialmente que “*todos los animales son iguales*”, a concluir que “*todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros*”.

La política legislativa de los cerdos es obvia: pequeñísimas adiciones o supresiones de la letra de la ley para reconfigurarla a beneficio de quien ostenta la capacidad para ello.

Y un ejemplo evidente de cuanto estoy diciendo lo observamos en el delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal. Si originalmente decía: “...y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, ahora dirá: “... y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana”.

De hecho, si viviéramos en la granja de Orwell, podríamos decir que para los cerdos el adverbio “gravemente” era un problema. Y era un problema no tanto por las víctimas, que realmente importan bastante poco al legislador, sino porque no han faltado en estos escasos siete años de vigencia del artículo 172 ter CP hasta la reforma de 2022, los titulares de prensa con absoluciones de algunos acusados que no llegaban a afectar gravemente la vida de las víctimas. Y esas absoluciones perjudican más que benefician a algunos políticos cuya ideología, precisamente, descansa en la laminación de la prudencia punitiva.

Con la nueva reforma se criminaliza el *right to be let alone*, es decir, el derecho a no ser molestado. Resulta obvio que nadie debe ser molestado, pero de ahí a que la molestia, a través de

las conductas típicas recogidas en el tipo del art. 172 ter CP¹⁹⁵, puedan ser castigada con la pena de prisión de hasta dos años es un salto insalvable.

Desde la doctrina y la jurisprudencia durante estos años habíamos llegado a una especie de consenso interpretativo del art. 172 ter CP, un mínimo común racional, que entendía que esa alteración grave de la vida cotidiana se concretaba en cambios relevantes de la gestión de vida de la víctima (supresión de las redes sociales; cambios de domicilio o trabajo; enclaustramiento domiciliario, etc.) o sobre su salud (desarrollo de patologías que inciden en la psique de la víctima como consecuencia del acoso).

En todo caso, el pecado político criminal no es sólo español, basta ver el homólogo alemán del §238 STGB y su reforma de 2017 que lo ha configurado como un delito de idoneidad y aunque la técnica alemana es distinta, sí que insiste en esta estela punitivista de las democracias occidentales.

Como digo, en España el delito del art. 172 ter CP no mutará de un delito de resultado a uno de peligro concreto. En España la situación es peor: se ha optado por rebajar la gravedad del resultado.

Si ya de por sí teníamos un precepto difícilmente compatible con la taxatividad que exige el principio de legalidad, ahora con la supresión del adverbio “*gravemente*”, estamos ante un

195 Estas son: i) vigilar, perseguir o buscar su cercanía; ii) establecer o intentar establecer contacto con él a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas; iii) usar indebidamente sus datos personales, adquirir productos o mercancías o contratar servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con él; iv) atentar contra su libertad o patrimonio o la libertad o patrimonio de otra persona próxima a él.

tipo más abierto y difícil de perfilar sus contornos punitivos que se expanden enormemente, pues, la expresión “*gravemente*”, operaba como una suerte de salvaguardia del tipo. Y como quiera que existía esa cláusula de salvaguardia del tipo, decía nuestro Tribunal Supremo en la STS 554/2017, de 12 julio¹⁹⁶, que “*una grave alteración en la vida cotidiana*” es algo “*cualitativamente superior a las meras molestias*”. En consecuencia, si la expresión “*gravemente*” nos trasladaba a algo superior a las meras molestias, con la supresión del adverbio el precepto pasa incluso a castigar las meras molestias con penas de hasta dos años de prisión. Y todo ello sin desconocer la existencia de no pocos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que habían configurado erróneamente el art. 172 ter CP como un pseudo delito de peligro concreto (y digo “pseudo” porque lo configuraban como una mezcla de delito de peligro concreto y resultado) que parece que es lo que triunfado en la mente del legislador de 2022 en el sentido siguiente: no nos atrevemos a transformar el delito de resultado en un delito de peligro concreto, pero sí nos atrevemos a rebajar la gravedad del resultado hasta el umbral de criminalizar con pena de prisión la mera molestia.

Todo esto de las reformas penales (desde hace un par de décadas) resulta bastante incomprensible si no se analiza en clave política y, por tanto, de oportunidad.

4.3 Las agresiones sexuales o el ocaso de la razón penal

Quizá uno de los parámetros más significativos de la llamada “*sociedad del riesgo*” alumbrada por BECK¹⁹⁷, es la búsqueda

¹⁹⁶ STS 554/2017, de 12 julio (ECLI:ES:TS:2017:2819).

¹⁹⁷ BECK, U.: *La sociedad del riesgo global* (trad. por Jesús Albores Rey), Siglo XXI, Madrid, 2002.

del control de las consecuencias futuras de la acción humana¹⁹⁸. Vivimos en una sociedad de aversión al riesgo.

La sola idea de sufrir un mal horroriza a la mayoría de la gente que le lleva a aceptar casi cualquier cosa que comporte su disminución, y ello pese a que cualquier persona mínimamente reflexiva llega a la conclusión de que es imposible vivir en una sociedad sin riesgo.

En este contexto se comprende que el robustecimiento punitivo, como norma general, satisfaga al ciudadano. Y ello pese a que un mayor número de delitos y las penas de los vigentes, en modo alguno determina una mayor seguridad.

Nos encontramos, por tanto, como apunta HERZOG, con que “*La ampliación del derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema. Ante tal instrumentalización, el derecho penal sale perjudicado*”¹⁹⁹.

El rigor punitivo es el *bálsamo de Fierabrás* de la política criminal. La sociedad necesita su constante dosis de placebo articulado a través de la consigna: “el endurecimiento del Código penal genera seguridad”. Y resulta irrelevante si esto es verdad o no, simplemente reporta tranquilidad y sosiego a muchas personas incapaces de asumir que vivimos en una situación de constante riesgo incontrolado y, por tanto, de que en cualquier momento podemos ser víctimas de un delito.

198 BECK, U.: *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 5.

199 HERZOG, F.: “Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 53, Julio, 1991, p. 311.

Centrado lo anterior para delimitar el ecosistema social en el que nos movemos, el pasado 7 de octubre de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; popularmente conocida como la Ley del “solo sí es sí”, cuya finalidad, desde el punto de vista penal, fue eliminar “*la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona*” para, en síntesis, dotar de mayor protección a las víctimas que sufren este tipo de conductas, pues, parece ser que había una sensación de impunidad por parte de algunos sectores políticos de este país.

Hasta la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, una *agresión sexual* consistía en un ataque con violencia o intimidación contra la libertad sexual y un *abuso sexual* un atentado contra la libertad sexual sin violencia o intimidación y sin consentimiento. La diferencia, básicamente, entre la agresión y el abuso sexual era la forma comisiva, en el primer caso bajo agresión o intimidación, y, en el segundo, sin consentimiento.

Ahora, con la nueva Ley, todo ataque contra la libertad es una agresión sexual al quedar definida ésta como “*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”. Ello, en definitiva, supone desnaturalizar el propio concepto de violencia, ya que a nadie escapa que no tiene nada que ver, desde el estricto punto de vista de la violencia, penetrar a una víctima bajo la intimidación provocada por la exhibición de una navaja en un parque a altas horas de la madrugada que hacerlo cuando la víctima está inconsciente (por ejemplo, por consumo de alcohol o drogas).

Indudablemente ambas conductas son muy graves, pero no idénticas desde el punto de vista del desvalor de la conducta

ni del resultado, pues en una el autor ejerce violencia o intimidación sobre la víctima para arrancar su consentimiento y así satisfacer su ánimo lúbrico y en la otra no hay esa violencia o intimidación. Y esta distinción entre agresión y abuso suponía que las penas de uno u otro delito eran distintas antes de la LO 10/2022: el tipo básico de agresión sexual castigaba con la pena de 1 a 5 años de prisión (art. 178 CP) y de 6 a 12 años de prisión si se producía acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vía (art. 179 CP). Por su parte, el tipo básico de abuso sexual se castigaba con una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses (art. 181.1 CP) y de 4 a 10 años si había penetración en los términos antes dichos (art. 181.4 CP).

Ahora el art. 178 CP castiga el tipo básico de agresión sexual de 1 a 4 años, pudiendo el juez motivadamente en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, imponer la pena de 1 a 2 años y medio o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Y, en caso de ser con penetración, estaremos ante una violación del art. 179 CP castigada con la pena de 4 a 12 años de prisión.

En consecuencia, si antes el tipo básico de las agresiones sexual con penetración se castigaban con la pena de prisión de 6 a 12 años y ahora de 4 a 10 años, podemos concluir que con la Ley del “sólo sí es sí”, el castigo puede ser menor. De ahí que los medios de comunicación señalaran que en enero de 2023 la nueva ley ha beneficiado a 244 agresores sexuales²⁰⁰. Y el problema no es que esta Ley haya beneficiado o perjudicado a unos u otros, sino que sus efectos han sido contrarios a lo que el

200 Redacción, “La ley del «solo sí es sí» ha beneficiado a 244 agresores sexuales, 21 de ellos en Galicia”, La Voz de Galicia, 20 de enero de 2023.

Legislador comunicó a la sociedad; efectos que para mayor escarnio han quedado esculpidos para la posteridad en la aludida exposición de motivos.

De hecho, ha sido tan lamentable el espectáculo ocurrido sobre este asunto, que la Comisión Permanente del General del Poder Judicial tuvo que aprobar el 16 de noviembre de 2022 un comunicado dirigido al conjunto de los españoles informándoles que, por un lado, *“La aplicación de la norma más favorable constituye un principio básico del Derecho penal, derivado del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 2.2 del Código Penal”*; y, por el otro, que *“Las resoluciones judiciales conocidas en los últimos días y dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual resultan, por tanto, de la aplicación estricta de estos preceptos por parte de los miembros del Poder Judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley tal y como dispone el artículo 117.1 de la Constitución Española”*. Y no sin recordarles que el propio CGPJ ya había advertido de estos problemas cuando emitió el informe de 25 de febrero de 2021 al anteproyecto de ley.

Por lo tanto, una vez más, estamos ante un derecho penal simbólico. Puras etiquetas para con el simbolismo contentar a algunos grupos sociales. Pues, como he dicho, la política criminal es hoy una importante herramienta al servicio de la obtención de rédito electoral.

Pero, sin duda, la mayor falsedad de esta ley consiste en afirmar que el paradigma en materia de consentimiento haya cambiado. Absolutamente nada ha cambiado ni va a cambiar. Los Tribunales seguirán juzgando estos delitos desde el punto de vista de la prueba sobre el consentimiento: “sí es sí” y “no es no”.

Y no hay más vuelta de hoja, pues la prueba en estos procedimientos se dirige a determinar si el sujeto activo (el acusado) obró con consentimiento o no del sujeto pasivo (la víctima).

Dice el nuevo art. 178.1 CP in fine: “...*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”. Sin embargo, como digo, esto no aporta nada. Resulta sobradamente sabido que el consentimiento no sólo puede prestarse expresamente, sino que también puede darse por la vía de la *facta concludentia*, es decir, el consentimiento que presta quien lo exterioriza por actos y no a través de una declaración expresamente emitida. Y ello es obvio, pues como sugiere FLETCHER²⁰¹, las relaciones sexuales se basan, casi siempre, en la “metafísica del consentimiento”, es decir, en un proceso concatenado de actos no explicitados verbalmente, pero que de ellos se desprende el consentimiento de sus participantes: caricias, abrazos, besos, tocamientos, penetración, etc. Resultaría de todo punto chocante que los protagonistas en un encuentro sexual fueran recabando el consentimiento verbal expreso en cada acto.

En fin, una Ley penal más que puede arrojarse al contenedor del populismo punitivo, pero no sin advertir que esta Ley, y todo lo que alrededor de ella ha gravitado, ha llevado al Derecho penal a una nueva dimensión cuyo elemento más relevante es el de la mediocridad del Legislador, tanto en su aspecto técnico, como político.

201 Idea y cita que se toma de MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019, p. 296. También puede verse esta idea en MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 232.

Estamos ante un Legislador que estos últimos años ha tratado el Código penal con vocación pirómana, pues con cada una de sus últimas reformas ha conseguido incendiar y enfrentar a la opinión pública y cuyo resultado es un desalentador páramo en el que la confianza del ciudadano en la razón de ser de las normas penales tardará mucho en volver a germinar.

Sólo espero que esta Ley sea finalmente corregida, volvamos al sistema tradicional y no tenga la tentación el Legislador de aumentar esta indeseable situación.

4.4 La malversación del patrimonio público como peaje a ninguna parte²⁰²

4.4.1 La regulación actual (2023)

Otra de las recientísimas reformas de nuestro Código penal ha sido la relativa a la compleja cuestión de malversación del patrimonio público operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

Para precisar los términos de la cuestión, la malversación ha quedado con la última reforma estructurada de la siguiente manera:

A) Malversación de patrimonio público basada en el ánimo de lucro:

El tipo básico del art. 432.1 CP que castiga²⁰³ a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se *apropiare* o

202 Art. 433 ter CP: “A los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas”.

203 Con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de estas.

El subtipo agravado del art. 432.2.I CP que castiga más gravemente²⁰⁴ los hechos del tipo básico siempre y cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público, b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros, c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

El subtipo hiperagravado del art. 432.2.I CP que castiga las anteriores penas en su mitad superior o superior en grado, cuando el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excede de 250.000€.

El subtipo atenuado del art. 432.3 CP cuando el perjuicio de los anteriores apartados del precepto es inferior a cuatro mil euros²⁰⁵.

B) *Malversación del patrimonio público excluido el ánimo de lucro*:

El tipo básico del art. 432 bis.I CP castiga²⁰⁶ a la autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destina a

204 Las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años

205 Pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años.

206 Pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.

El subtipo agravado del art. 432 bis.II CP castiga con las penas del art. 432 CP, si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso.

C) Aplicar al patrimonio público un destino distinto al que estuviere destinado:

El tipo básico del art. 433 CP castiga²⁰⁷ a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado y con ello se causare daño o entorpecimiento grave del servicio al que estuviere consignado.

El subtipo atenuado del art. 433 in fine CP castiga más levemente²⁰⁸ esta modalidad de malversación si no se produce el resultado del daño o entorpecimiento del servicio al que estuviere consignado.

En definitiva, la malversación queda construida por tres grandes bloques: la apropiación de fondos por el autor o el consentimiento a que un tercero lo haga (art. 432 CP); el uso temporal de bienes público sin ánimo de apropiación y su posterior reintegro (art. 432 bis CP); y, finalmente, el desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (art. 433 CP).

207 Penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años.

208 Inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses.

4.4.2 La regulación de 2015 a 2023

Con anterioridad a la reforma (me estoy refiriendo a la regulación de la malversación dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), el tipo básico de malversación se construía en el art. 432.1 y 2 CP por remisión a los arts. 252 CP (administración desleal) y 253 CP (apropiación indebida). Esto es, la administración desleal o la apropiación indebida de patrimonio público se castigaba con la pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

El subtipo agravado del art. 432.3 CP que castigaba con mayor pena los hechos cuando se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados.

El subtipo hiperagravado del art. 432.4 CP cuando el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excedía de 250.000 euros, las penas se podían imponer en su mitad superior o superior en grado.

Finalmente, un subtipo atenuado del art. 433 CP castigado con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

4.4.3 Un descrédito para nada

El problema principal de la reforma de la malversación no es político-criminal, pues, en esencia, este nuevo esquema no deja de ser una vuelta al del Código penal de 1973 y cuya estela si-

guió el código penal de la democracia hasta 2015, sino de una correcta técnica legislativa en atención al verdadero fin de esta urgente reforma.

Lo que el Legislador comunicó desde el BOE en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, a la ciudadanía fue lo siguiente: *“La reforma implica un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015. En efecto, porque la Ley Orgánica 1/2015 supuso también en esta materia una ruptura con nuestra tradición codificadora ya bicentenaria. Lo hizo al reformar drásticamente la regulación de los delitos de malversación siguiendo parcialmente el modelo alemán, al definirlos en referencia a los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Es decir, como figuras de naturaleza eminentemente patrimonial. Sin embargo, y a diferencia del modelo alemán, los mantuvo dentro de los «Delitos contra la Administración Pública». Con este cambio construyó un híbrido entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el correcto funcionamiento de los servicios públicos. Pero a su vez introdujo como típicas cualquier conducta no solo de las clásicas de apropiación o distracción de recursos públicos con ánimo de lucro propio o de tercero, sino que lo extendió a conductas de deficiente o abusiva administración, esto es, desleal e infiel, y en consecuencia posibilitó abiertamente la punición de comportamientos consistentes en desviaciones presupuestarias, despilfarro o gastos de difícil justificación y, por supuesto, cualquier gasto de dudosa legalidad o de incierta finalidad pública. Sin embargo, no siguió la legislación alemana en su elenco de penas por el delito de malversación, que allí llegan hasta los cinco años de prisión, mientras que en España pueden alcanzar los doce años”*.

En principio, esta opción político-criminal consignada por el Legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre no plantea mayor problema. Sin

embargo, cualquier ciudadano que haya vivido la realidad política de nuestro país sabe que esta explicación no es más que una mascarada para camuflar lo que realmente es: una concesión política y, por tanto, una reforma del código penal *ad hoc*. La verdadera razón, y aquí el problema que afecta a la credibilidad de nuestro sistema penal, fue acoger por parte del Gobierno una reforma que satisficiera a algunos sectores políticos.

Huyo, por razones obvias, de opinar sobre quién tiene razón política, pero no puedo mirar para otro lado y no denunciar que es inaceptable que las reformas del Código Penal tengan denominación de origen o estén dirigidas. Si tradicionalmente decíamos que no es conveniente *legislar con un muerto encima de la mesa*; ahora habremos de añadir que tampoco lo es con un político preso.

Pero lo más grave de todo, y no sé si es por puro desconocimiento del Legislador o porque han actuado en un indeseable juego de trileros, es que esta reforma no va a tener ninguna utilidad para hechos como los del juicio a los políticos independentistas juzgado ante el Tribunal Supremo en la causa especial 20907/2017²⁰⁹. Y me explico: lo que estos últimos querían era la descriminalización (o atenuación significativa) de la malversación cuando la autoridad o funcionario público no se enriquecía, es decir, no era destinatario final del dinero público. Sin embargo, la reforma publicada no dice esto, sino que castiga su tipo básico a la *autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas*.

209 Así estaba expresado en las galeradas de este discurso. Y sobrevino el Auto del Tribunal Supremo 20107/2023 de 13 de febrero que confirmó la inutilidad de la reforma.

Por su parte, además, debe recordarse que ya se decía, por ejemplo, en la STS 21 julio 2005²¹⁰ que el requisito “con ánimo de lucro” *“ha de ser interpretado conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala para otros delitos patrimoniales (hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas), en sentido amplio como “animus lucri faciendi gratia”, es decir, considerándolo como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro era propio o ajeno, es decir, que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero, siendo también indiferente que el móvil o causa ultima sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo (SSTS. 29.7.98, 17.12.98, 24.11.2003), por cuando las finalidades ultimas que pretendía con su acción son ajenas en este supuesto al derecho penal (móvil)”*. Y en idéntico sentido la STS 13 julio 2013²¹¹ cuando establece que: *“lo requerido es que la conducta enjuiciada a tenor de esa norma, incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directa para el sujeto público implicado, o indirecta, cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, pues tal interés (aun cuando pudiera ser de otra índole) tendría en cualquier caso, al fn, una incuestionable dimensión económica de signo negativo (STS 986/2005, de 21 de julio). Por tanto, en este punto, basta, como explica muy bien la sala, la persecución de cualquier beneficio con daño público, para que la actuación sea incriminable. Y aquí es claro que ese beneficio se dio, con el correspondiente perjuicio”*.

Precisamente por estas razones, concluye el Auto de 12 de enero de 2023, en la causa especial 20907/2017, que: *“Esta consideración de la malversación como una actuación apropiatoria en la que se dispone del dinero o de los bienes públicos como si fueran*

210 STS 21 julio 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5072).

211 STS 19 julio 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4108).

propios, desposeyéndose al patrimonio público de la disponibilidad definitiva de los mismos, no se ha visto modificada porque la LO 1/2015 incorporase a la previsión punitiva del artículo 432 del Código Penal los supuestos de administración desleal de caudales públicos. Como indicamos en nuestra reciente STS 749/2022, de 13 de septiembre, el delito de apropiación indebida contempla las conductas apropiatorias entendiendo el ánimo de lucro como cualquier beneficio, aprovechamiento o satisfacción, lo que -en el caso que aquí se investiga y a meros efectos de instrucción- supone apreciar indicios de la comisión del delito de malversación del nuevo artículo 432.2, in fine (en su redacción dada por la LO 14/2002), en los procesados anteriormente referenciados. Si el dinero es un instrumento de cambio que permite concretar el contenido de la obligación recíproca de pago en algunas obligaciones onerosas, el ánimo de lucro resulta igualmente apreciable cuando se despoja a la Administración de unos fondos públicos para atender obligaciones de pago que corresponden al sujeto activo del delito y que están plenamente desvinculadas del funcionamiento legítimo de la Administración, como cuando se atribuye a la Administración una obligación de naturaleza particular y totalmente ajena a los intereses públicos que se gestionan. En ambos supuestos se dispone de los bienes públicos como propios y se apartan de su destino para la obtención de un beneficio particular”. Y, por tanto, “no puede apreciarse que las actuaciones investigadas ofrezcan visos de resultar subsumibles en los tipos penales atenuados que se introducen. En cuanto al artículo 432 bis del Código Penal, porque en los hechos investigados pueden apreciarse visos de concurrir un ánimo de lucro en los términos anteriormente expuestos, habiendo fijado nuestra jurisprudencia (SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000 o 914/2012, de 29 de noviembre) que el delito de malversación del artículo 432 del Código Penal es aplicable cuando el ánimo del sujeto activo es disponer como dueño, a título definitivo, del patrimonio público, mientras que el tipo atenuado es únicamente apreciable si se dispone temporalmente de la cosa

mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, con mera voluntad de uso temporal de la misma, lo que aquí no parece apreciarse”.

Como expresaba hace un momento, escasos días después de terminar la preparación de este discurso, sobrevino el Auto del Tribunal Supremo núm. 20107/2023 de 13 de febrero de 2023, que, en síntesis, ha venido a confirmar que aplicar fondos público a la celebración del referéndum del 1 de octubre de 2017 no permite aplicar la malversación atenuada, pues “[s]ería contrario a la más elemental lógica jurídica entender que quien hace suyos los fondos públicos incurre en una pena que puede llegar a los 8 años de prisión y quien los destina a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- pueda ser castigado con una pena de multa”. Y recuerda que el art. 432 CP “incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal”.

Lo dramático de toda esta situación, más allá de la erosión de la concordia y la desafección del ciudadano hacia la norma penal, es que ni siquiera para estos indeseables casos en los que la reforma penal persigue una finalidad muy concreta, esta no puede alcanzarse por la deficiente técnica del legislador y su clamoroso desconocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo que interpreta los delitos sobre los que quiere proyectar su reforma.

4.5 Cuestión cuodlibetal: derecho procesal penal simbólico y la presunción de inocencia

Presunto culpable; presunto inocente. Una u otra opción no es simple capricho. No se trata de una mera cuestión de estilo

al son de los *movimientos florentinos, a los adagios para piano y violín y a los sí ... pero no*²¹². Si la presunción es la ficción legal que tiene por cierto un hecho sin necesidad de que sea probado, presumir la culpabilidad es situar al acusado en el filo de la imposibilidad metafísica, pues únicamente podrá predicarse su inocencia de probar un “no-hecho”, esto es, que no hizo la conducta imputada²¹³.

Esta realidad fue nítidamente expuesta por Emmanuel de Pastoret en su célebre obra *Des loix pénales* en 1790 a través de los siguientes tres axiomas²¹⁴:

“La condamnation d’innocents est un plus grand mal que l’absolution de coupables”.

“Jusqu’au moment de la condamnation le coupable est réputé innocent”.

“La preuve n’existe pas tant qu’elle n’est pas complete”.

Así, se comprende que Escudero del Corral, ponente de la STS 4 mayo 1976²¹⁵, sobre el principio in dubio pro reo, corolario de una recta comprensión del clásico principio *nulla poena sine crimine et sine culpa*, dijera que este: “*se fundamenta en la eficacia activa de la equidad dentro del ámbito del Derecho, y*

212 Cita atribuida al Prof. Martín Queralt extraída de la STSJ Navarra 16 abril 2001 (ECLI: ES: TSJNA: 2001: 732).

213 Evidentemente nos situamos en la órbita de la presunción *iuris tantum*, pues de admitir una culpabilidad *iuris et de iure* por ministerio de la Ley se declararía la culpabilidad sin necesidad de proceso. Con todo, el *antiproceto*, esto es, el proceso en el que se presume la culpabilidad salvo prueba en contrario, es doblemente mezquino porque no sólo secuestra la justicia, sino que infunde en el justiciable la falsa esperanza de poder demostrar su inocencia. Sin embargo, a pesar de sus esfuerzos, en el antiproceto la boca del justo termina por enmudecer, pues sólo cabe la condena en ese sinsentido de un tormentoso laberinto judicial que hábilmente tejido por sus autores sólo es apariencia de Justicia procesal.

214 PASTORET, M.: *Des Loix pénales*, Chez Buisson libraire, Paris, 1790, p. 21.

215 STS 4 mayo 1976 (ECLI: ES: TS: 1976:8 03).

que permite satisfacer de la mejor manera la Justicia penal, tiene su actuación necesaria e indeclinable, dentro del campo de la interpretación de las pruebas, en el sentido, de proporcionarle, el alcance más favorable o beneficioso para el inculpado, en el caso de que se presenten dudas, o sean diversas las consecuencias que de ella pueden deducirse, pues así se eliminan las hermenéuticas odiosas, presuntivas y rigoristas, y se efectúa la interpretación «in bonam partem», que protege los intereses personales del hombre que sufre, sometido al proceso penal”.

En consecuencia, al presumirse la inocencia hasta que se pruebe lo contrario, dicha prueba contraria, ese acervo probatorio mínimo apto para enervar la presunción de inocencia, debe aportarla quien niega la inocencia. Por tanto, dirigir el foco acusatorio contra una persona interesando la conminación de una pena, necesariamente supone que quien acusa asuma la carga acusatoria de la prueba.

Desde un punto de vista del derecho positivo, la presunción de inocencia se encuentra consagrada -desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español- en los arts. 24.2 CE²¹⁶; 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²¹⁷; 6.2

216 Desde la STC 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981, 31) nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que, una vez consagrada la presunción de inocencia en nuestro texto constitucional, esta “dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este Tribunal en reiteradas Sentencias. En este sentido la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter iuris tantum ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso”.

217 Art. 11.1 DUDH: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de 1950²¹⁸; 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²¹⁹ y 48 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000²²⁰. Asimismo, encontramos también la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuya finalidad es reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciéndose unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio²²¹.

En cuantos a sus elementos puede decirse que esencialmente que: “a) *Se trata de una garantía procesal que produce efectos en la culpabilidad-inocencia del encausado, sin repercusión sobre la calificación de los hechos o sobre la responsabilidad penal del encausado y vinculada estrechamente al derecho a guardar silencio y al derecho a no autoinculparse (Directiva UE 2016/343); b) Si bien entendida como máxima procesal, determina el contenido del pronunciamiento de la sentencia, condicionando la absolución cuando no ha quedado demostrada la culpabilidad del encausado; c) Pese a su denominación por la jurisprudencia como «presunción» iuris tantum, «verdad interina de inculpabilidad», se trata de una manera poco adecuada de afirmar que el encausado es inocente mientras no se demuestre lo contrario*”²²².

218 Art. 6.2 CEDH: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

219 Art. 14.2 PIDCP: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

220 Art. 48 CDFUE: “Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

221 Vid. considerando noveno.

222 BARONA VILAR, S.: “Lección Decimoquinta. La prueba”, en Juan Montero Aroca:

Ahora bien, desde una perspectiva más global del proceso, se ha dicho que el principio de presunción de inocencia tiene un significado doble: por un lado, una regla de tratamiento del imputado; y, por el otro, una regla de juicio o probatoria²²³.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, regula la condición de este durante el proceso²²⁴,

Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 383.

223 DINACCI, F.R.: “Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)” *Di. Pen., Agg.* VIII (2014), p. 658. Puede verse extensamente la cuestión en PAULESU, P.P.: *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2008, passim.

224 Caso Lizaso Azconobieta c. España de 28 de junio de 2011. Las circunstancias de hecho del caso pueden resumirse en que el 5 de junio de 1994, Lizaso Azconobieta fue detenido a las 5 de la mañana en el marco de una operación policial contra E.T.A., pasando a detención incomunicada durante 5 días. Al tercer día de la detención, esto es, el 8 de junio de 1994, el Gobernador Civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa para informar del operativo, en la que se presentó a Lizaso Azconobieta como miembro de un comando de la banda terrorista responsable de tres atentados. Lizaso Azconobieta presentó una querrela por difamación contra el Gobernador Civil que derivó -tras ser desestimada por carecer los hechos de relevancia penal- a la jurisdicción civil. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián en su Sentencia de 1 de junio de 1998, condenó al Gobernador Civil al pago de una indemnización de 30.000 euros por la lesión del honor, pues lo cierto es que el JCI 5 de la AN ordenó la puesta libertad sin cargos el día 10 de junio de 1994 (es decir, al quinto día de la detención) y no fue posteriormente acusado por ningún delito. La sentencia sería confirmada después por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de marzo de 1999, pues la imputación del Gobernador civil fue expresa sin que se hiciera mención a una “presunta” participación. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó la resolución en su Sentencia de 6 de julio de 2004 y el Tribunal Constitucional la confirmó en su Sentencia de 10 de diciembre de 2007, denegando el amparo a Lizaso Azconobieta y señaló que la presunción de inocencia tal y como había sido invocada en el recurso tenía una dimensión extraprocesal y que el caso debía examinarse desde la perspectiva del derecho al honor.

En cambio el TEDH consideró que: “si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (Kamasinski c. Austria, 19 de diciembre de 1989, § 62, serie A n o 168), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (Allenet de Ribemont c. Francia, 10 de febrero de 1995, §§ 35-36, serie A no 308; Viorel Burzo c. Rumania, nos 75109/01 y 12639/02, § 156, 30 de junio de 2009; Moulet c. Francia (dec.), no 27521/04, 13 de septiembre de 2007).” Asimismo, recordaría el Tribunal que “una vio-

de manera que todo acusado tiene “*el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo*”²²⁵.

En cambio, la presunción de inocencia como regla de juicio proyecta su virtualidad al campo probatorio y la necesidad de acreditar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Así nos recuerda la STC 132/2006, de 27 de abril (RTC 2006, 132) que el derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, “*comporta el de no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías a través de las cuales puedan considerarse acreditados, de forma no irrazonable, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo*”.

lación de la presunción de inocencia puede emanar no sólo de un Juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado (Allenet de Ribemont c. Francia, sentencia del 10 de febrero de 1995, § 36, serie A no 308; Daktaras c. Lituania, no 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) y personalidades públicas («public officials»; Butkevičius c. Lituania, no 48297/99, § 53, CEDH 2002-II (extractos)).” Así, “El Tribunal observa que la rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aún puesto a disposición del Juez para hacer su declaración. Por tanto, era particularmente importante en esta fase precoz, es decir antes incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante, no formular”, por lo que, “tomadas en su conjunto, las declaraciones del Gobernador civil, en la medida en que reflejan una apreciación previa de los cargos que pueden ser imputados al demandante y proporcionan a la prensa la identificación de este último, no se concilian con el respeto a la presunción de inocencia. La rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes”, por tanto, declaró el Tribunal que hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia de Lizaso Azconobieta.

225 STC 109/1986, de 24 de octubre (RTC 1986, 109).

Bien es cierto que desde destacada doctrina se ha dicho que más allá de que puede hablarse de ese doble significado, como regla de tratamiento y regla de juicio, la presunción de inocencia es eminentemente regla de juicio, pues “*un determinado modo de tratar al imputado podrá resultar contrario a sus derechos fundamentales y, por consiguiente, inconstitucional; pero sólo se opone directamente a la presunción de inocencia, estrictamente considerada, en tanto implique considerarle culpable de antemano, esto es, sin pruebas de cargo que pongan fuera de duda la existencia de su culpabilidad*”²²⁶. Sin embargo, el simbolismo del lenguaje también resulta relevante para la psicología del ciudadano y, por tanto, la regla de tratamiento es imprescindible.

Nos recuerda HASSEMER que: “*los investigadores políticos, sociólogos, criminólogos norteamericanos ya desde la década de los sesenta, han analizado que la política no es sólo cuestión de poder e intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos: procesos de «elaborating symbols» y «summarazing symbols» (los cuales tienen también un potencial emotivo y manipulativo) o la eliminación y concreción de los símbolos (los cuales tienen sólo una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia)*”²²⁷. Lo cual es predicable “*también en nuestro ordenamiento jurídico, las funciones latentes y simbólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el Derecho económico, pero también en el Derecho penal*”²²⁸.

226 VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 882.

227 HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, p. 24.

228 La cita es de Hans Ryffel de su obra *Rechtssoziologie*, que tomamos de HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., p. 24.

Hassemer nos pone múltiples ejemplos (pp.26 y ss.): así la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos nazis por medio de la ley 16 de 16.7.1979 (§ 78 II StGB) y el

En definitiva, derecho penal simbólico es aquel que esta “*menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una «inseguridad global» y de una «sociedad de riesgo». Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia*”²²⁹. Y descendiendo a ámbitos aún más concretos, como el penológico, se ha dicho sobre los efectos instrumentales y simbólicos que: “*Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados a1 fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados a1 fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales*”²³⁰.

genocidio desde 1954 (§ 220 StGB), las cuales “tenían su significado político criminal no en la realización instrumental del texto de la ley sino en la asimilación del periodo nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas. Del mismo modo se pueden encontrar exigencias pedagógicas excesivas en el Derecho penal no sólo en la pretensión de crear una conciencia ecológica a través del Derecho penal del medio ambiente, sino también respecto de la exigencia de «revalorizar el rol de la mujer» en el fenómeno de la violencia contra las mujeres a través del endurecimiento del Derecho penal sexual o a través de la inclusión de un nuevo tipo penal «Violación en el matrimonio».

229 HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., p. 36.

230 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, p.150.

Cuando utilizo la expresión derecho procesal simbólico, por tanto, me estoy refiriendo a aquel que trasciende de su propio significado jurídico-técnico para potenciar su capacidad comunicativa y así difundir un mensaje.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en el apartado V de su preámbulo nos recordaba que dicha reforma tenía por objeto *adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales* por lo que se sustituía el clásico concepto “*imputado*” por el de “*investigado*”.

La Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, inspiradora de este cambio, consideraba “*la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal*”²³¹. Sin embargo, ni la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico ni la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico -por las razones que fueren- no han dirigido hasta ahora el foco de su atención hacia un problema técnico-lingüístico nada desdeñable y es el de la presunción de inocencia.

Según el Diccionario del español jurídico, por la voz “*presunción*” nos referimos a la “*aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado*”²³². Y la

231 Apartado V del preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

232 Real Academia Española y Consejo General del Poder judicial, Diccionario del español jurídico, 2017.

Real Academia Española define dicho término en su acepción segunda como “*hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado*”²³³. Estas definiciones, por tanto, conceptúan la presunción como un método de prueba (regla de juicio).

Cuando afirmamos que *toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario*, lo que estamos diciendo, al menos en las democracias occidentales, es que a toda persona, por el mero hecho de serlo, se le presume inocente hasta que en el proceso se demuestre su culpabilidad.

La consecuencia de este diseño garantista del proceso supone que quien se ve abocado a un proceso penal tenga la convicción de que no tendrá que demostrar su inocencia. De manera que ante capciosas acusaciones no recaerá sobre él la carga imposible de demostrar que “no ha hecho”.

Ocorre, sin embargo, que este principio esencial de nuestro sistema procesal se ha oscurecido subjetivamente para el ciudadano. Basta mirar a nuestro alrededor para advertir la desafección de buena parte de la población en torno a la presunción de inocencia.

Parte de este problema tiene que ver con la importancia del lenguaje; del detalle, de las cosas aparentemente insignificantes, pero que en su día a día nos mandan un mensaje inequívoco.

Muchos de los artículos de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, llevan inalterados desde su entrada en vigor en 1882, lo que significa que han resistido, además de a las tentaciones políticas, a la distintas Constituciones que desde

233 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 2018.

entonces han sucedido²³⁴. Esto explica que, por ejemplo, el artículo 273 utilice la expresión “*presunto culpable*”²³⁵ o el artículo 2 la de “*presunto reo*”²³⁶.

El principio de no contradicción [$\neg (p \wedge \neg p)$], comporta que sea imposible que lo mismo se dé y no se dé en lo mismo a la vez y en el mismo sentido (y cuantas precisiones habríamos de añadir, dense por añadidas frente a las dificultades dialécticas)²³⁷.

En consecuencia, si nuestro artículo 24.2 CE señala que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, esto es, son presuntos inocentes; carece de sentido, por ser una contradicción, hablar de presuntos culpables, pues no se puede ser al mismo tiempo presunto culpable y presunto inocente, de la misma manera que en idéntica circunstancia no quepa hablar simultáneamente de presumir la inocencia o la culpabilidad.

Esta perplejidad lógica no subsanada con la entrada en vigor de la Constitución Española, la encontramos aún más acentuada en la terminología de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando en el apartado III de la exposición de motivos se utiliza la expresión “*presunto agresor*”.

La contradicción es aún más evidente si advertimos que previamente a introducir dicha expresión, leemos en su exposición de

234 La Constitución de 1931, las Leyes Fundamentales del Reino y la Constitución de 1978.

235 Que se repite, entre otros, en los artículos 277.6º; 309; 366 y 371. Todos ellos, por supuesto, guardan la redacción original.

236 Que se repite en los artículos 15.2º; 495, 512, 516 y 788 LECrim. Ahora en el art. 15.3º (ant. ART. 15.2º) se alude a “reo presunto”.

237 ARISTÓTELES: *Metafísica* (trad. por Tomás Calvo Martínez), Gredos, Madrid, 1994, p 173: “*es imposible que lo mismo se dé y no se dé en lo mismo a la vez y en el mismo sentido*”.

motivos: *“se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”*²³⁸. Sin embargo, difícil compatibilidad puede haber entre el apelativo “presunto agresor” con el catálogo de derechos fundamentales que asiste a toda persona y entre los que se encuentra el derecho a la presunción de inocencia.

Todo esto nos conduce inexorablemente al artículo 544 ter de la LECrim., redactado por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, en el que a la hora de adoptar las medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica se alude a que se *“convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado”*. Y más adelante, sigue diciendo el precepto que: *“Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia”* y que *“la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor”*.

Con esto queremos advertir que las palabras importan. E importan porque todo ciudadano que se vea abocado a un proceso penal en que el artículo 544 ter LECrim sea de aplicación, se enfrentará a la zozobra provocada por un precepto que le reputa como presunto agresor, y, por tanto, tendrá la convicción de que deberá destruir dicha presunción.

238 Apartado III de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

La trascendencia forense de dicha terminología, sin embargo, no plantea duda, pues la presunción de inocencia prevalece sobre *nomen* alguno. Ahora bien, es necesario afrontar este esfuerzo dialéctico para superar expresiones como “*presunto culpable*” o “*presunto agresor*”, pues estas son incompatibles con la presunción de inocencia que, como he dicho, es el principio vertebrador de todo proceso penal y, además de regla de juicio, es también de tratamiento.

De no actuar así, una vez más, nos vamos a encontrar como los verdaderos significados se diluyen porque, pudiera pensarse, incomodan. Y ya se sabe que, ante esto, dos son los escenarios: manipular el significado de las palabras o de las normas. En el ejemplo que acabo de poner, no hay reparo alguno en hablar de presunción de culpabilidad, aunque sea simbólicamente, porque la de inocencia –a veces– incomoda, especialmente a la opinión pública.



❧ 5. EPÍLOGO

Cuando Sileno fue capturado por el Rey Midas, éste interrogó al primero preguntándole qué cosa era la mejor para los hombres y cuál era la más deseable a todos. Tras un inicial silencio, Sileno preguntó a Midas: *¿por qué me obligáis a decirnos aquello que sería mejor para vosotros no conocer?* Y finalmente respondió: *“Pues una vida con la ignorancia de los propios males es la más libre de penas. Pero para los hombres es totalmente imposible obtener la mejor cosa de todas y participar de la naturaleza de lo que es lo mejor: en efecto, lo mejor para todos, hombres y mujeres, es no haber nacido. Sin duda la siguiente después de esto y la primera de las cosas que puedan conseguir los hombres, pero la segunda mejor es, después de haber nacido, morir lo más rápidamente posible”*²³⁹.

No en el grado de Sileno, pero sí tengo una inicial tendencia a afrontar el futuro con una mirada, si no pesimista, sí de escepticismo, pues tengo la interina intuición de que la sociedad libre no es capaz de alcanzar un mejor sistema político y social que el que ya hemos vivido, aun con todas sus imperfecciones.

Dijo QUEVEDO en la glosa de Utopía de Tomas Moro: *“Utopía, voz griega, cuyo significado es, no hay tal lugar”*²⁴⁰. En efecto, creo que cualquier modelo utópico es sencillamente un arcano inalcanzable al hombre; no hay tal lugar. Solo parece poderse aceptar un modelo penal que, en el mejor de los casos, transi-

239 PLUTARCO.: Obras morales y de costumbres (moralia), vol. II (trad. por Concepción Morales Otal y José García López), Gredos, Madrid, 1986.

240 QUEVEDO, F.: “Noticia, juicio y recomendación de la Utopía de TOMAS MORO”, en MORO, T.: *Utopía*, ZERO S.A., Algorta, 1971, p. 11.

tará a través de las pasiones y sentires de los hombres; y, en el peor, de uno sólo.

Sin embargo, la serena reflexión²⁴¹ me lleva a la determinación de querer luchar para vencer ese inicial desaliento y así alcanzar un templado idealismo ante un Derecho Penal en *tiempos de cólera*²⁴².

Ir contra corriente no es tarea ni sencilla, ni políticamente conveniente. Lo sencillo es acomodarse a la Cultura en la que vivimos inmersos. Este no es mi caso, o, al menos, así lo creo. Por esta razón, y si bien no soy digno custodio del Derecho Penal iluminista, sí que me siento capacitado para superar toda resistencia inicial y alzar la voz en su defensa. Y lo hago para que el Derecho penal de los grandes principios, de la prudencia y moderación punitiva no quede en el olvido de esos libros relegados al polvo grisáceo de una vieja estantería que aguardan a ser leídos.

La obligación de todos nosotros es que no crezca la sombra, sino que perviva la palabra que nos conduce a la verdad y la concordia, aun a sabiendas de que la sociedad actual sufre de esa conciencia volátil, de ese errar incierto del *hic et nunc*, del “aquí y ahora”, que la lleva a “vivir contra la verdad”²⁴³.

241 Que plasmé en OBARRIO MORENO, J.A. y DE LAS HERAS VIVES, L.: El mundo jurídico en Franz Kafka. El proceso, Dykinson, Madrid, 2019.

242 Expresión que tomo de la obra colectiva publicada con ocasión de la jornada académica internacional celebrada el 26 de octubre de 2018 “*La reforma de la justicia penal y la política criminal orientada a la resolución de los conflictos sociales*” en Nicaragua, en la que, además, se hizo entrega por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica del Doctorado Honoris Causa al Prof. Muñoz Conde. Vid., VIDAURRI ARÉCHIGA, M., CUAREZMA TERÁN, S.J., et. al: *Derecho penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

243 MARÍAS, J.: “Vivir contra la verdad”, *Periódico ABC*, 25 de febrero de 1999.

Lo he expresado anteriormente, hoy el Derecho penal ha dejado de ser *ultima ratio* para alzarse como un poderoso instrumento político y con ello el Código penal vigente es mero reflejo de la respuesta punitiva que el ciudadano en clave de eficacia punitiva reclama.

Los hijos del populismo, sin embargo, no advierten que a la que hoy llaman la “espada de los justos”, mañana será la del verdugo que ante su agónica y sorda protesta les arrebatará la libertad. También ignoran que todos podemos ser ese personaje llamado Joseph K. de la novela “El proceso” de Franz Kafka que fue detenido y procesado sin cargo alguno. Y en su *dolce far niente* desconocen que ese Derecho penal mínimo que infaman y ese Proceso de la presunción de inocencia que denostan es el antídoto frente a las demandas punitivas de una realidad social cambiante y las garantías ante la calumnia.

Al igual que en Kant, a todos los que nos hemos formado en las bases del Derecho Penal iluminista nos aguarda un imperativo categórico, el que indica que no caben concesiones ante la eficacia punitiva. Es la lucha por el respeto por el Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Es una lucha por acabar con la incertidumbre, la inseguridad y la desprotección de unas Leyes penales que fluyen al sentir de unas elecciones generales. Es una lucha que desgarra e intimida, pero de la que no se saldrá indemne desde la plácida y estéril equidistancia. Es una lucha que ha de librar la razón, porque sólo ella es capaz de generar paz y de inducir a la reconciliación²⁴⁴.

²⁴⁴ La expresión “capaz de generar paz y de inducir a la reconciliación” la tomamos de ARENDT, H.: *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 80.

Concluyo, pues, este discurso con sincero agradecimiento hacia todos ustedes y con el compromiso inquebrantable de cumplir con mis obligaciones de Académico y honrar a esta Real Corporación.



❧ BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, A.: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- AMBOS, K.: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y Radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ARENDT, H.: *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995.
- ARISTÓTELES: *Metafísica* (trad. por Tomás Calvo Martínez), Gredos, Madrid, 1994.
- BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007.
- BARATTA, A.: “Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica”, *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985.
- BARONA VILAR, S.: “Lección Decimoquinta. La prueba”, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo global* (trad. por Jesús Albores Rey), Siglo XXI, Madrid, 2002.
- BETTIOL, G.: *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- BUENO ARÚS, F.: *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- BUENO, G.: “Diez propuestas ‘desde la parte de España’ para el próximo milenio”, en *50 propuestas para el próximo milenio*, Ayuntamiento de Oviedo, Oviedo, 1997.

BUENO, G.: *Panfleto contra la democracia realmente existente*, Esfera, Madrid, 2004.

CALVINO, I.: *Seis propuestas para el próximo milenio*, Siruela, Madrid 1989.

DE LAS HERAS VIVES, L.: *Protección penal de la intimidad*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2019.

DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, 2002.

DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003.

DINACCI, F.R.: “Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)” *Di. Pen., Agg.* VIII, 2014.

DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.

ECO, U.: *Seis paseos por los bosques narrativos. Harvard University, Norton Lectures. 1992-1993*, Lumen, Barcelona, 1996.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FEUERBACH, P.: *Tratado de derecho penal* (trad. por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna*, Siglo veintiuno editores, México, 1999.

HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995.

- HEGEL, F.: *Filosofía del Derecho*, Biblioteca nueva, Madrid, 2000.
- HEGEL, F.: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid, 2004.
- HERZOG, F.: “Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 53, Julio, 1991.
- HOMERO: *La Iliada*, Orbis, Barcelona, 1982.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Conteras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G.: *Fundamentos del derecho penal* (trad. por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos), AdHoc, Buenos Aires, 1996.
- JAKOBS, G.: *Sobre la teoría de la pena* (trad. por Manuel Cancio Meliá), Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “Corsi e Ricorsi. La vuelta de Von Liszt”, *Nuevo pensamiento penal*, núm. 2, mayo-agosto, 1972.
- KANT, I.: *Metafísica de las costumbres (traducción, introducción, notas y comentarios por Manuel Jiménez Redondo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador; comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAYER, M.E.: *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903.

MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

MONTEJANO, B.: “El fin del estado: el bien común”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 3. 1976.

MORALES PRATS, F.: “Funciones del derecho penal y sociedad civil”, *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998.

MORALES PRATS, F.: *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

OBARRIO MORENO, J.A. y DE LAS HERAS VIVES, L.: *El mundo jurídico en Franz Kafka. El proceso*, Dykinson, Madrid, 2019.

OBARRIO MORENO, J.A.: *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Dykinson, Madrid, 2017.

OBARRIO MORENO, J.A.: *Un estudio sobre la Antigüedad: La Apología de Sócrates*, Dykinson, Madrid, 2018.

- ORTEGA Y GASSET, J.: *Ideas sobre la novela*, Alianza, Madrid, 1982.
- ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, Debolsillo, Barcelona, 2021.
- PASTORET, M.: *Des Loix pénales*, Chez Buisson libraire, Paris, 1790.
- PAULESU, P.P.: *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2008.
- PLATÓN: *Las Leyes*, en la recopilación de *Diálogos vol. 9* (trad. por Francisco Lisi), Gredos, Madrid, 1999.
- PLUTARCO.: *Obras morales y de costumbres (moralia)*, vol. II (trad. por Concepción Morales Otal y José García López), Gredos, Madrid, 1986.
- POLAINO NAVARRETE, M.: “Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm., 79, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- QUEVEDO, F.: “Noticia, juicio y recomendación de la Utopía de TOMAS MORO”, en MORO, T.: *Utopía*, ZERO S.A., Algorta, 1971.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y estado de derecho*, Diosa, Barcelona, 1976.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1987.
- ROXIN, C.: “¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 30, 1896.
- ROXIN, C.: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*, Civitas, Madrid, 1997.

SENECA, L.: *De la ira*, en la recopilación de *Diálogos Séneca el Joven* (trad. por Juan Mariné Isidro), Gredos, Madrid, 2000.

VIDAURRI ARÉCHIGA, M., CUAREZMA TERÁN, S.J., et. al: *Derecho penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VON IHERING, R.: *El fin del derecho* (trad. por Leonardo Rodríguez), Imp. de A. Marzo, Madrid, 1900.

VON LISZT, F.: “Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893)”, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Band 2 1892 bis 1904)*, De Gruyter, Barlin, 2011.

VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal. Tomo Primero*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914.

WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General* (trad. por Carlos Fontán Balestra), R. Depalma, Buenos Aires, 1956.

WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956.



Discurso de contestación

Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats

Excelentísimo Sr. Presidente
Excelentísimo Sres. Académicos
Sras.y Sres.

I.- INTROITO I LAUDATIO

Después de haber escuchado atentamente y leído con esmero el discurso de ingreso en esta Real Corporación del Académico de Número **Excmo. Sr. Dr. D. Luís de las Heras Vives**, me corresponde el privilegio y el compromiso de contestar un brillante y filosófico discurso como el que ha pronunciado el recipiendario.

La Real Academia Europea de Doctores, a través de su Presidente, **Excmo. Dr. Alfredo Rocafort Nicolau** me otorga la responsabilidad del presente discurso de contestación. En consecuencia, debo dejar constancia de sincero agradecimiento por tal distinción, aceptando el honor que se me hace y en la confianza de que sabré estar a la altura de las circunstancias exigidas. Siempre es un desafío apasionante intelectualmente dar cumplida respuesta a argumentaciones y conclusiones como las que se desprenden del discurso de ingreso de un académico de una relevancia como la que ostenta el **Dr. Luís de las Heras Vives**.

En actos como el presente se para el tiempo, se encuentra una excepción a la urgencia cotidiana para hallar un momento en el que reflexionar sobre cuestiones profundas que afectan al devenir de la sociedad.

El discurso del **Dr. Luís de las Heras** permite que extraigamos un diagnóstico sosegado mediante el que podemos evaluar el momento en el que se encuentra nuestra sociedad, pues como bien señala tras las opciones de intervención del Derecho penal se cobijan apuestas filosóficas que muestran el momento social, cultural y axiológico en el que se halla nuestra sociedad.

Las palabras del académico, **Dr. Luís de las Heras**, suponen la confirmación de una robusta trayectoria académica e intelectual. Pese a su juventud, el **Dr. de las Heras**, constituye ya un sólido valuarte de la Doctrina penal en España. En esta evolución profesional aún la dedicación académica, una gran capacidad investigadora que se plasma en múltiples publicaciones, y una sólida dedicación al ejercicio profesional de la abogacía. Se trata de una conjunción de quehaceres que solo pueden compatibilizar y atender al unísono aquellas personas dotadas de una gran capacidad intelectual y una gran voluntad de trabajo.

Me cabe el honor de haber sido testigo privilegiado del recorrido profesional del **Dr. Luís de las Heras**, Académico de Número de nuestra **Real Corporación**, desde que me solicitó que le dirigiera la tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Barcelona. Debo precisar que yo no conocía al Dr. Luís de las Heras, no lo había tenido de alumno pues había cursado sus estudios de Derecho en la Universidad de Valencia. De hecho, él me buscó como director de la tesis doctoral por cuanto tenía en su cabeza la idea de abordar el estudio monográfico de algunos aspectos relativos a los delitos contra la intimidad. Su inquietud para que le dirigiera la tesis, provenía de que en los años 80 había afrontado mi tesis doctoral sobre la tutela penal de la *privacy*. Cuando era alumno del Máster de la institución ISDE, por medio de mi hija **Thea Morales**,

también abogada y profesora del referido Máster, concertó un encuentro conmigo. Fue una cita a ciegas que fructificó en una sólida relación por cuanto Luís de las Heras con prontitud se manifestó como un excelente investigador con una capacidad de trabajo excepcional. Esto lo permitió concluir su tesis doctoral en 2018 con la máxima calificación académico de sobresaliente *cum laude*.

Se trataba de un trabajo de investigación brillante en el que el ahora académico numerario abordaba las conductas delictivas de *sexting* y las concernientes a otras difusiones de imágenes concernientes a la intimidad, que habían sido obtenidas con consentimiento del titular de las mismas. Este delito fue incorporado al Código Penal en la Reforma de 2015. La lectura de dicho trabajo de investigación permitía intuir que el Dr. Luís de las Heras estaba llamado a protagonizar trabajos y encomiendas profesionales de gran altura.

No lo pude retener como profesor en exclusiva en la Universidad Autónoma de Barcelona. En la actualidad las universidades no están en disposición de ofrecer a brillantes investigadores una visible “carrera académica”. Así las cosas, el Dr. Luís de las Heras primero marchó hacia Valencia fichado por un despacho de abogados y posteriormente pasó a ser socio del departamento de Derecho penal de una reputada firma de abogados de Madrid.

Esta vertiginosa trayectoria en el ámbito de la abogacía no supuso en momento alguno menoscabo de su actividad investigadora y de su prolífica obra publicada. Incluso no cesa en embarcarme en proyectos editoriales para que abordemos publicaciones conjuntas. Se trata de un discípulo que está en la distancia pero que se manifiesta con una cercanía permanente en el plano intelectual.

Como he dicho, el recipiendario cursó la carrera de Derecho en la Universidad de Valencia donde se licenció en 2013. Posteriormente realizó el Máster en Derecho, *full time*, en ISDE en el curso 2014/2015, obteniendo el premio extraordinario al mejor expediente académico. Solamente tres años después culminó su tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Barcelona, trabajo que mereció la máxima calificación académica por unanimidad del Tribunal. La tesis llevaba por título “Protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo art. 197.7 del Código Penal”.

En la actualidad como ya he dicho, es abogado en ejercicio y profesor de Derecho penal en la Universidad Internacional de la Rioja. También es vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano.

Su obra publicada es muy densa y extensa. Podemos agrupar un gran número de publicaciones relativas a la protección de la intimidad, ámbito en el que se situarían trabajos como el ya reseñado de la tesis doctoral junto con otros que se proyectan a aspectos concretos de la protección del referido bien jurídico. En esta órbita se sitúan trabajos tales como “Reflexiones sobre el bien jurídico intimidad a propósito de la intimidad de las víctimas del delito (2017)”, “¿Derecho Penal o Derecho Civil? Breves consideraciones en torno a la protección actual del bien jurídico intimidad (2017)”, “La intimidad en crisis: repensando su finalidad (2018)”, “El Derecho a la propia imagen en España (2018)”, “La llamada intimidad familiar y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte (2018)”, “El delito de indiscreción y el problema de las cadenas de envío: reflexiones político criminales a propósito del celebgate (2019)”, “Comentario al art.197.7 CP, cinco años después de su entrada en vigor y tras la primera sentencia del Tribunal Supremo que lo interpreta (2020)”, “El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones

ilegitimas en la intimidad del otro cónyuge (2020)” y “El fundamento liberal del Derecho a la intimidad (2021)”.

El recipiendario ha proyectado su interés investigador hacía otras múltiples temáticas, de manera que podemos constatar notables publicaciones relativas tanto al Derecho penal sustantivo como al derecho procesal penal. En este ámbito plural se sitúan los siguientes trabajos: “Consideraciones en torno al conocimiento efectivo del titular de la página web en el ámbito de los grandes foros de Internet (2014)”, “La orden europea de detención y entrega (2014)”, “La libertad condicional en el caso de los enfermos graves de cáncer (2015)”, “El fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las administraciones públicas (2015)”, “La tutela penal del honor y su conflicto con la libertad de información y expresión (2018)”, “Responsabilidad civil médica y reproducción asistida (2018)”, “El consentimiento informado viciado o inexistente y el régimen de responsabilidad médica (2019)”, “Las *fake news* ante el Derecho Penal (2020)”, “El delito de impago de pensiones tras la última jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (2021)” y “Estado actual del incidente de nulidad de actuaciones (2022)”.

Asimismo, el recipiendario ha publicado en obras colectivas de manera constante relativas a la protección del honor, las penas privativas de derechos, los derechos de los menores ante Internet, el consentimiento de los menores de edad, los derechos de la personalidad frente al “sexting” “streaming” y otros fenómenos digitales, los delitos contra los delitos y deberes familiares, el delito de impago de pensiones entre otras materias abordadas.

Singular comentario merece la publicación del libro “El mundo jurídico en Franz Kafka: el proceso” (2019)¹, obra que abordó

1. Obarrio Moreno, J.A./De las Heras Vives, L., “*El mundo jurídico en Franz Kafka. El proceso*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2019.

en coautoría con el Prof. Dr. Juan Alfredo Obarrio Moreno. Se trata de una de las publicaciones a mi juicio más interesantes de los últimos años en el apartado de obras que intentan cristalizar la encrucijada entre derecho y literatura.

Pero ¿la reflexión crítica y ácida de Kafka sobre el ejercicio del poder del Estado desmedido, autoritario y asfixiante, sigue vigente? La respuesta debe ser amargamente afirmativa. Los planteamientos visionarios formulados por Kafka en torno a los peligros totalitarios, que finalmente padeció Europa con carácter previo de la Segunda Guerra Mundial mantienen su vigencia. No se trata de una reflexión superada históricamente. En la actualidad nos encontramos ante un momento histórico que, en otras publicaciones², he calificado de “Nueva Edad Media”; el debilitamiento de las garantías, la inseguridad jurídica y el recurso al Derecho Penal como instrumento de gobierno caracterizan un proceso que empezó a gestarse hace algo más de treinta años. Si esto es así la alargada sombra de la obra de Kafka aparece en todos los ámbitos de especulación intelectual, ya sean jurídicos, filosóficos o de teoría política.

Mas podría reprocharse a este planteamiento que el primado de la ley penal no tiene por qué constituir de manera indefectible un factor de crisis del principio de legalidad y de la seguridad jurídica, si tal apuesta se afronta en los confines formales del Estado de Derecho. Esta pretensión conceptual constituye una *contraditio in terminis*; la expansión del Derecho Penal, al compás de su instrumentalización, no es más que una expresión

2. MORALES PRATS, F., “La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media”. Barcelona, 2015, passim; “Represión penal y Estado de Derecho cuarenta años después” en “Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares”, (MORALES PRATS/ TAMARIT SUMALLA/ GARCIA ALBERO Coords.), Cizur Menor, Navarra 2018, pp. 189 y ss; “Crítica al populismo punitivo: por una justicia penal impopular”, en “Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix”, Ed.Iustel, Madrid, 2021, pp.351 y ss.

del populismo punitivo que impera, y que contamina todo al arco ideológico; afloran así demandas punitivas irracionales, reformas legislativas impremeditadas, juicios paralelos por doquier.... Todo ello amplificado descontroladamente en la redes sociales, a menudo nuevo balcón de la inquisición.

El discurso de ingreso del recipiendario conecta con las inquietudes ya expresadas en la referida obra sobre Kafka, porque el **Dr. de Las Heras** milita en el garantismo, en el reducto de penalistas ilustrados que esgrimen reflexiones en defensa del Estado de Derecho y de las garantías del ciudadano, militancia que a la vez se produce desde la academia universitaria, que ha ido quedando orillada en gran medida, como una suerte de “balneario” especulativo que solo se visita en ocasiones.

II.- CONTESTACION AL DISCURSO DE INGRESO

El recipiendario en su discurso de ingreso aborda la exposición de dos mundos. El del Derecho Penal en sentido estricto, donde debe imperar la certidumbre y la seguridad jurídica, producida mediante el instrumento dogmático; la creación de un sistema arquitectónico de conceptos permite predeterminedar soluciones de manera armónica. No obstante, la formulación de los conceptos dogmáticos de la teoría del delito no puede olvidar que el material sobre el que opera, la ley penal, es expresión del ejercicio de *ius puniendi* que ostenta el Estado en monopolio. En la medida que el *Ius puniendi* es expresión de la violencia legítima por parte del Estado puede concluirse, como señala el **Dr. de las Heras**, que la pena es una amarga necesidad atendido el grado de desarrollo imperfecto de nuestra sociedad.

En el ámbito teórico se ha afrontado de manera recurrente la cuestión de la justificación y, aún más, de la legitimación del

Derecho Penal. Para tal menester las modernas teorías preventivistas han acudido a los fines de la pena, al objeto de hallar argumentos utilitarios para el castigo penal. Este es el segundo de los mundos que afronta el beneficiario, el de la política criminal; las teorías de la pena se han erigido como teorías explicativas del Derecho Penal en su conjunto, por cuanto ponen de manifiesto criterios fundamentales para la construcción de los distintos modelos de análisis del Derecho Penal. Así el castigo penal deja de ser contemplado como mera consecuencia jurídica por el delito cometido. Analizado desde los fines que le son encomendados, posibilita una reflexión sobre las funciones o fines del Estado en el ámbito punitivo, y esta es la perspectiva metodológica que adopta con lucidez el **Dr. de las Heras** en su discurso de ingreso. En esta medida el estudio de los problemas que el Derecho Penal, adquiere una verdadera dimensión político-criminal.

La pena es un mal necesario (una amarga necesidad) que se impone por la comisión de un delito. No obstante, de esta afirmación no puede inferirse el fin o función esencial de la pena; o lo que es lo mismo la idea de retribución por el mal causado no está en disposición de alimentar conceptualmente los referidos fines; de lo que se trata no es de responder al interrogante de lo qué es la pena (plano del ser) sino de afrontar la cuestión en el plano del deber ser, lo que nos conduce a la cuestión central: para qué sirve la pena³.

De forma sintética puede indicarse que el debate tradicional en torno a los fines esenciales (para los funcionalistas “función”) de la pena ha girado en torno a las ideas de retribución y prevención. La primera, como expone con brillantez el beneficiario, sugiere una óptica de análisis retrospectiva; el fin de la pena se vincula al delito cometido y significa restauración o reposición

3. FERRAJOLI, I., “El Derecho penal mínimo” en *Poder y Control*, núm.0, 1986, p.32

del orden jurídico quebrantado. La segunda apunta al futuro, a la evitación de futuros delitos mediante la disuasión general o la intervención resocializadora sobre el sujeto condenado.

Pero, como se suscita en el discurso de ingreso, es conveniente y preciso relativizar la legitimación del Derecho Penal desde los fines de la pena. La pena es necesaria en cuanto que “mal menor” punitivo, pues ofrece perspectivas más garantizadoras que la aparición de otros instrumentos represivos que comportaría su desaparición. La pena encuentra así una legitimación básica al cumplir una “función psicológico-social”: la sublimación de instintos de venganza que se suscitan en el seno social tras la comisión del delito. Puede decirse pues que la pena, en cuanto que materialización del *ius puniendi* del Estado, constituye un modelo de represión al servicio de la tutela de bienes jurídicos que, además, permite evitar potenciales reacciones de *vindicta* privada⁴. La perspectiva irracional que suscita la desaparición de la pena fue descrita agudamente, hace decenios, por MARCONI: “En el trasfondo de la *libertà selvaggia* parece proyectarse en control social salvaje, una forma de presión y de manipulación del individuo que no responde a un rito controlable, sometido al arbitrio de la mayoría, o de una indeterminada opinión pública que, como observaba ORWELL, *es menos tolerante que cualquier sistema legal*”⁵.

Y en este extremo central de la argumentación creo que estamos plenamente de acuerdo el recipiendario y quien ahora les habla. Pero, llegados a este punto, sólo alcanzamos una primera conclusión en torno a la necesidad de la pena. Resta por demostrar la necesidad de asignar unos determinados fines a la pena, que servirían como como sustentáculo legitimador del Derecho Penal.

4. STRATENWERTH, G, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, T.I. 2ª ed., 1976, pp.28-29

5. MARCONI, P., *La libertà selvaggia*, Venecia, 1979, p.212

El **Dr. Luís de las Heras** aborda la trayectoria y evolución de las teorías de la pena de manera pormenorizada, con un robusto ropaje bibliográfico, acudiendo a las fuentes originarias de los autores, lo que es signo de buena crianza universitaria.

Descartadas las teorías retribucionistas para tal menester, reconociendo, no obstante, el legado positivo que nos dejan en punto al principio de proporcionalidad entre entidad del delito y del castigo, el recipiendario se adentra en las teorías de la prevención.

Por lo que respecta a la prevención general, es evidente que el legislador pretende un efecto intimidatorio mediante la conminación penal. Mas no parece que esta teorización de la pena esté en disposición de justificar *per se* el Derecho Penal en su conjunto. Basta con identificar las críticas a que ha sido sometida la teoría preventivo general en sentido negativo intimidatorio, para comprobar sus limitaciones legitimadoras del Derecho Penal.

En primer lugar, se ha dicho que se trata de una teoría tecnocrática en la que el delincuente es contemplado como un objeto o instrumento para asegurar el comportamiento de la colectividad. El condenado padece la limitación arbitraria de su dignidad humana, deja de ser un fin en sí mismo en contraposición al principio kantiano. De ahí que en el planteamiento de la prevención general subyazca una inercia hacia el terror estatal, pues el principio de proporcionalidad de la pena tan sólo constituye un contrapeso externo a la reacción punitiva. De lo anterior incluso se infiere una perversión valorativa por cuanto la frecuencia de la comisión de delitos, con independencia de su gravedad o lesividad, podrían constituir el barómetro de necesidad y contundencia de las penas. Pero además

han sido cuestionados los postulados de partida de la teoría: los presupuestos empíricos de la prevención general son débiles; es cuestionable que la norma penal mediante la amenaza influya en el comportamiento de los destinatarios, pues los mensajes les llegan a través de numerosas instancias mediadoras que los reelaboran, por medio de su propia lógica y dinámica interna. A lo anterior se adosa un dato importante: una teoría tecnocrática como la prevención general desprecia aspectos antropológicos que identifican “la irracionalidad” con la que operan las personas. Con la mera intimidación no se describen los efectos del Derecho Penal en la comunidad ⁶.

Si nos situamos en el terreno de las teorías de la prevención especial, se identifican aspectos positivos pues suponen una propuesta de solución al problema de los fines de la pena en atención a los efectos fácticos de la reacción punitiva sobre el condenado frente a formulaciones excesivamente abstractas sobre los fines de la pena; además, en la medida que el análisis del fin de la pena se produce sobre el individuos concretos se abre una perspectiva humanizadora como principio inspirador de la imposición de penas, que incluso ha alcanzado rango constitucional (art.25.2 CE). Sin embargo, el pensamiento de la prevención especial, pese a los avances que ha aportado en la fase ejecutiva de las penas (sobre todo en el ámbito penitenciario) no está en disposición aportar una explicación legitimadora del Derecho penal en su conjunto⁷.

6. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984 (trad. y anotaciones de Muñoz Conde y de Arroyo Zapatero), pp.382-384.

7. Sobre la crisis del ideario de la resocialización en la doctrina de inicios de la década de los años 80 vid. MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Estudios del homenaje al Prof. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 387 y ss; GARCIA PABLOS, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo” en ADCP, 1979, pp. 645 y ss; DOLCINI, E., “La rieducazione del condannato tra mito e realtà” en RIDPP, 1979, pp. 469 y ss.

En los años setenta surgieron con fuerza las teorías mixtas o de la unión, que intentaban superar los abismos existentes entre las teorías retribucionistas y las prevencionistas; se trataba de conciliar o conjugar conceptos. Pero el pluralismo funcional pronto encontró escollos. Las discrepancias entre los patrocinadores de las teorías mixtas aparecieron a la hora de precisar el papel y rango otorgado a cada uno de los elementos que articulan la formulación. Además, el desacuerdo no sólo surge en punto a la relación interna que deba establecerse entre la proporcionalidad del castigo (retribución) y las necesidades preventivas; también la interrelación entre los fines preventivo-generales y los preventivo-especiales es polémica. En suma, las teorías de la unión quedaron lastradas ante los que se ha venido a denominar antinomias entre las distintas funciones de la pena.

En el discurso de ingreso se analiza cómo a principios de la década de los años ochenta empieza a detectarse un paulatino deslizamiento hacia concepciones preventivo-generales de nuevo cuño, este proceso se debe en buena medida a la crisis de la ideología reeducativa, que había perdido credibilidad después del gran auge que había tenido en los años cincuenta y sesenta. La prevención general empieza a ser definida en clave positiva; se comienza a hablar de prevención/integración, de modo que el fin de la pena ya no sería en clave negativo/intimidatoria. Así la teoría de la prevención general positiva entronca con la tesis de WELZEL sobre la función del Derecho Penal: la afirmación de valores ético-sociales⁸. La pena debe suponer la afirmación de la conciencia social representada por la norma; en suma, se persigue la estabilización normativa, la confirmación de la vigencia de las normas; sólo así puede cohesionarse la confianza de los ciudadanos en la norma. Esta corriente de pensamien-

8. WELZEL, H., *“Das deutsche Strafrecht”*, Berlín, 1969 (11ª ed.), p.3

to tiene su principal representante en JAKOBS⁹, y tiene como base la teoría de los sistemas de LUHMANN¹⁰, ubicada en el ámbito de la sociología funcionalista; en el conjunto de sistemas y subsistemas en los que se estructura la sociedad, la norma pasa a constituir un proceso comunicativo, consistente en una red de expectativas recíprocas para los sujetos relacionados con la norma. La comisión del delito supone una defraudación de expectativas y la pena tiene como función el reequilibrio psíquico de la ciudadanía, se garantiza así la confianza de los ciudadanos en el Derecho.

Esta formulación ha merecido críticas, como señala el **Dr. de las Heras** en su discurso. En primer lugar, por fundamentarse en la teoría de los sistemas de corte funcionalista. La teoría sistémica no está en disposición de explicar las tipologías y procesos de transformación de las sociedades, que pueden ser tanto evolutivos como involutivos y que, a veces, responden a factores inesperados. Además, la teoría de los sistemas no puede esgrimir una neutralidad axiológica, en la referencia a modelos subyace una componente de manipulación. Late pues en la misma un trasfondo neointegrista enmascarado bajo un discurso tecnológico.

En segundo lugar, como expone con acierto el recipiendario, en la teoría de la prevención general positiva, la pena queda desligada de la función de protección de bienes jurídicos, de modo que puede cobijar demandas de intervención punitiva, aunque no se constaten exigencias de tutela de bienes jurídicos, lo que abre la puerta a que la preservación y estabilización del sistema social se lleva a cabo por encima y a costa de los dere-

9. JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1983, pp. 3 y ss.

10. LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, T.I, Reinbeck bei Hamburg, 1972, pp.172 y ss ; id. *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt Neuwied-Rehin, 2ª ed.,1975, en especial pp.116 y ss.

chos, las garantías y valores del individuo. Mediante un criptolenguaje enigmático¹¹, basado en la sociología funcionalista, se enmascara la realidad de los fenómenos jurídico-penales; por este camino se abandona la terminología jurídica y dejan de abordarse cuestiones cruciales del derecho, como los juicios de valoración, las prohibiciones, las garantías formales etc.

En sus formulaciones más extremas, la prevención general positiva, desarrollada por JAKOBS, ha llegado a sustentar el “derecho penal del enemigo” como una especie de subsistema legal operativo frente a la delincuencia más grave, en el que imperaría la dilución de las garantías penalesK, en especial por lo que atañe al principio de proporcionalidad de los castigos.

En el discurso de ingreso, el **doctor de las Heras** llega a la conclusión de que las teorías de la pena, hasta ahora expuestas, no están en disposición de proporcionar un entramado justificador y legitimador de la pena y del derecho penal en su conjunto.

Esto le lleva a sustentar lo que el recipiendario denomina “teoría prismática de la pena”. Así desde la perspectiva del autor del hecho criminal, la pena se presenta como un padecimiento, como un mal necesario. A partir de aquí, retornamos a lo que habíamos denominado el plano del ser, en el que la pena es represión, pero no hemos solventado la cuestión desde el plano del deber ser. Estoy de acuerdo con el **Dr. de las Heras** en que la legitimación del Derecho penal solo encuentra acomodo apelando al garantismo. Es decir, el Derecho penal encuentra legitimación en cuanto que modelo de represión que acoge un sistema de garantías en el marco del Estado de Derecho. En el grado de civilización alcanzado, la represión con garantías es el mejor modelo para proteger bienes jurídicos acudiendo al

11. GARCIA COTARELO, R., “Crítica a la teoría de los sistemas”, Madrid, 1979, *passim*.

mínimo de violencia institucional por parte del Estado. Incluso creo, que el garantismo penal es expresión de lo que debe ser la cultura jurídica en el Estado de Derecho y va más allá de lo que son límites frente al “Ius puniendi” del Estado.

Estoy plenamente de acuerdo con la conclusión que se alcanza en el discurso de ingreso, cuando se afirma que, desde el fin del milenio, hemos asistido a un *aggiornamento* kafkiano del Derecho penal y del procedimiento criminal. En los últimos tiempos, hemos asistido a una suerte de paulatina descomposición del modelo de Estado de Derecho, lo cual es lógico, por cuanto en la Nueva Edad Media impera la incertidumbre y la ausencia de modelos a perseguir. Hemos asistido a una subordinación acrítica y conformista del Derecho Penal a la evolución fáctica de los procesos políticos. En los últimos años en nuestro país se ha agudizado por parte del poder del Estado la tendencia a utilizar el derecho penal como un instrumento de gobierno. Esta tentación ha tenido efectos devastadores, no solo por lo que implica el primado del derecho penal que expresa el desespero de una sociedad en crisis, sino por el desajuste que produce en la relación entre los poderes del Estado.

En efecto, gobernar a través del Derecho penal es absolutamente peligroso, entre otras cosas porque quien va a aplicar las leyes penales es otro poder del Estado, el poder judicial. Lo anterior, produce diversas consecuencias:

- 1) La expansión del Derecho Penal, que se verifica en cuanto la ley penal es utilizada como instrumento de gobierno, determina la posibilidad de la incertidumbre interpretativa por parte de los tribunales. Se produce entonces un riesgo de colisión entre los poderes del Estado, el ejecutivo y el judicial. Y esto, se ha venido produciendo en nuestro país en los últimos tiempos.

- 2) Esta desarticulación de los poderes del Estado, que lleva una suerte de cantonalismo, pone en crisis incluso al propio sistema constitucional. Se ha desatendido el razonamiento de Montesquieu, que cuando afrontaba el estudio de la división de poderes, advertía con claridad de que esos poderes debían estar separados, pero en todo caso, articulados entre sí. Es preciso el consenso institucional; en la actualidad asistimos a un permanente disenso entre los poderes del Estado.
- 3) El primado de la ley penal, de modo que el Derecho Penal no cese en la asunción de resolución de problemas, determina a su vez una suerte de “gobierno de los jueces”, también indeseable desde el punto de vista de la estabilidad institucional.

Todos estos efectos negativos son abordados con lucidez por el recipiendario. Junto a la instrumentalización política del Derecho Penal, como herramienta de gobierno, se ha verificado una cultura social promovida por el populismo punitivo. La conformación de un Derecho Penal popular es evidente, y se rige desde demandas punitivas irracionales que emergen del seno social. Lo anterior, goza de una gran amplificación en los denominados juicios paralelos alimentados en los medios de comunicación y en las redes sociales.

Frente a todo este conjunto de manifestaciones inquisitivas, se observa la impotencia de la ciencia penal para imponer criterios racionales e ilustrados en el estudio de los problemas punitivos. Como dije anteriormente, la doctrina penal de la academia universitaria ha pasado a ser “un balneario” conceptual que solo se visita en vacaciones, y que raramente es tenido en cuenta por el poder público a la hora de impulsar reformas legislativas. Pero, no solamente la academia universitaria es orillada en los procesos de reforma legislativa, sino también los cauces

institucionales de consulta están en grave crisis y reclaman un refortalecimiento de cara a evitar reformas legislativas imprevistas y de efectos o consecuencias prácticas negativas e incluso devastadoras.

En este contexto, es lógico que el **Dr. de las Heras** nos recuerde la vigencia de Franz Kafka.

Llegados a este punto, entramos en el terreno de los deseos, en el de las demandas reivindicativas. De nuevo, hay que volver de manera obligada a la obra de LUIGGI FERRAJOLI¹² para esgrimir la bandera del garantismo en su más amplia acepción, por cuanto supone la cristalización entre derecho y razón que es la convergencia de elementos que reclama el Estado de Derecho para su consolidación y evolución.

Pero, el garantismo, como nos recuerda el **Dr. de las Heras**, no es solo cuestión que afecte al Derecho penal. Se proyecta también sobre el Derecho procesal, siempre bajo la máxima de preservar un derecho justo con las debidas garantías. En el discurso de ingreso se nos recuerda adecuadamente el anquilosamiento que ha sufrido el desarrollo de las garantías en el proceso penal. Es preciso en la hora actual que, en el ámbito de la UE, se aborde la elaboración de un auténtico estatuto procesal de los ciudadanos inmersos en un proceso penal. Hace falta pues, generar el marco de garantías comunes de los ciudadanos europeos que se hayan sometidos a la jurisdicción penal. Y esta exigencia, es cada vez más imperiosa, en un contexto de justicia industrializada como el que vivimos hoy en día y, como es bien sabido, industrialización equivale a deshumanización.

Al abordar la crisis de los principios limitadores del ius puniendi, el recipiendario se interroga por si el Estado puede llegar a

12. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, *passim*

castigar acciones meramente inmorales. La respuesta es sencilla, en términos afirmativos, lo cual es absolutamente preocupante en el marco del Estado de Derecho. Pero el populismo punitivo todo lo puede; en el debate, protagonizado a veces por “una izquierda de sotana” y por una “derecha anarquista”, convergen las opiniones en torno a la necesidad de expansión del Derecho penal más allá de los límites que había consolidado hace unos años el liberalismo social.

El discurso de ingreso, en el apartado cuarto, abraza la exposición de manifestaciones recientes de la potestad punitiva en nuestro país. La selección de reformas legislativas de los últimos años permite esbozar una crítica por la expansión moralizante del Derecho penal en algunos casos, y en otros permite la ilustración sobre la instrumentalización política del Derecho Penal y sobre el recurso a una legislación simbólica.

El **Dr. de las Heras**, con maestría, expone, de manera crítica, la reforma legislativa en materia de difusión de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima (art. 197.7 CP). Esta reforma legislativa se operó en 2015, una reforma del Código Penal que en su Exposición de Motivos incluso llegó a apelar a la prevención general positiva como finalidad de las penas, dada la necesidad de reafirmar la confianza en la norma de los ciudadanos.

El referido delito vino a alterar la estructuración normativa adecuada y acertada, que había introducido el CP de 1995 en la sistemática de los delitos contra la intimidad. En efecto, el texto originario de 1995 partía de la idea de que en los delitos contra la intimidad debía verificarse un acceso ilícito e inconsciente en la esfera privada del ciudadano. Frente al conjunto de tipicidades así estructuradas, se situaban otras en las que el sujeto infractor accedía lícitamente a la intimidad ajena, pero

difundía o desvelaba de modo ilícito a terceros lo previamente conocido, ya fuera en un contexto de servicios profesionales (violación del secreto profesional), ya fuera en un contexto de relación laboral respecto de secretos personales.

El legislador de 2015 vino a perturbar este modelo legal, por medio de la creación de un delito de difusión de imágenes obtenidas con consentimiento del propio titular de las mismas. De esta manera, se pasaba a otorgar tutela penal a aquellas personas que habían decidido vivir ámbitos de su intimidad sin autoprotección por cuanto habían permitido que otros obtuvieran las imágenes, incluso cabe la posibilidad de que sea el propio titular el que las proporcione a terceros. Situar la esfera de ilicitud en el plano de difusión o revelación a terceros de las imágenes, supone constituir a toda la ciudadanía en potenciales confidentes necesarios, obligados al sigilo penal. Como bien expone el recipiendario, el desatino legal parte de un determinado hecho, la difusión in consentida del vídeo erótico de una edil de una corporación local en el año 2012. Como no podía ser de otra manera, el Juzgado de Instrucción archivó la querrela, por cuanto manifestó que era atípico difundir imágenes que habían sido proporcionadas voluntariamente por el titular de las mismas, derivando en todo caso el asunto a una posible demanda civil por abuso de consentimiento. Esta decisión judicial, racional y razonable fue objeto de todo tipo de críticas. La opinión pública se manifestó enardecidamente en términos críticos, lamentando la gravísima laguna que parecía existir en nuestro ordenamiento jurídico. Políticos de prácticamente todo el arco parlamentario, alzaron su voz para reclamar la defensa de la intimidad frente a tales hechos que llegaron a ser calificados de execrables. La reforma del 2015, ahora comentada, es un fiel reflejo del populismo punitivo que impera. Para mayor sarcasmo, mientras los grupos parlamentarios coincidían en la necesidad de la referida reforma que permitiría evitar

nuevas agresiones a la intimidad como la que había padecido injustamente la edil de la corporación local de los Llévenes, la protagonista de la historia, Olvido Hormigos, aparecía en cueros en una de las revistas de mayor tirada de aquellos años, bajo el lema “Con mi cuerpo hago lo que quiero”; posteriormente, esta persona aparecería en programas del corazón desvelando todo tipo de extremos y acontecimientos de su intimidad y vida personal.

Preceptos como el que incorpora el art. 197.7, como es obvio, generan inseguridad jurídica, pues ahora somos confidentes necesarios de imágenes que podamos tomar o nos puedan proporcionar relativas no solo a comportamientos sexuales o eróticos, sino respecto de todas aquellas imágenes que afectan al núcleo duro de la intimidad como pueden ser fotografías o vídeos en los que se pueda identificar la creencia política o religiosa del sujeto o bien su estado de salud, por ejemplo.

Mediante la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se ha verificado una expansión de los designios incriminatorios del delito de difusión de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima (art. 197.7 CP). Ahora no solamente queda incurso en el deber de sigilo y discreción quien toma la foto de otro con su consentimiento o quien es receptor del primer envío, sino que el tipo penal ahora alcanza a posteriores reenvíos. Es decir, se incrimina el reenvío en cadena; será típica conforme al artículo 197.7.II tanto la conducta del primer divulgador distinto del primer receptor de las imágenes o grabaciones audiovisuales, como la de posteriores divulgadores.

Con lucidez, el **Dr. de las Heras** manifiesta que estamos ante una nueva reforma legislativa populista de Derecho penal simbólico, por cuanto esta nueva ampliación del delito supone la generación de un delito leve y, en la práctica, salvo raras excep-

ciones, será de imposible averiguación las circunstancias de los hechos y la identificación de los sujetos con anterioridad al acto de juicio; difícilmente un juzgado de instrucción acordará comisiones rogatorias al extranjero para identificar a los usuarios o direcciones de IP.

La segunda expresión legislativa, que analiza el **Dr. de las Heras**, se refiere al delito de acoso tipificado en el art. 172 ter CP, incorporado en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Para el beneficiario esta reforma supone de nuevo una manipulación del legislador ajena al servicio de un programa coherente de protección de bienes jurídicos y de las exigencias de un Derecho Penal atento al principio de intervención mínima. Al analizar esta figura delictiva, el **Dr. de las Heras** acude, metafóricamente, a la obra de Orwell, titulada “Rebelión en la granja”. El beneficiario hábilmente nos ubica en el razonamiento que permite averiguar la facilidad con que las normas pueden ser manipuladas. La norma original decía: “Ningún animal matará a otro animal”, para luego llegar a decir “ningún animal matará a otro sin motivo”, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, lo que definitivamente conduce a la afirmación inicial “todos los animales son iguales”, para llegar a la conclusión “todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”.

Como señala el **Dr. de las Heras**, la política legislativa de los cerdos imaginados por Orwell es obvia: pequeñas adiciones o supresiones en la letra de la ley permiten configurar o reconfigurar beneficios o ventajas para quien ostenta capacidad para modificar la ley.

Y esto es lo que ha ocurrido con la reforma del delito de acoso, del art. 172 ter del CP. Si originalmente el tipo penal decía que se “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, ahora

el precepto pasa a decir “...y de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana”.

La supresión del adverbio “gravemente”, se sitúa al servicio de satisfacer las demandas críticas en medios de comunicación frente algunas absoluciones de acusados de acoso, por hechos que no llegaban a afectar con gravedad la vida de las víctimas. Con la reforma del 2022, ahora pasará a ser constitutivo de acoso cualquier hecho que pueda afectar al derecho de otra persona a no ser molestado. Y parece desde luego un desatino que la generación de meras molestias a otra persona pueda llegar a estar castigado, con hasta una pena de 2 años de prisión. De poco han servido las advertencias de la doctrina en el sentido de interpretar el acoso como una alteración grave de la vida de otro, que motivaba la adopción de cambios relevantes en la gestión de la vida de la víctima. Toda esta construcción hermenéutica ha saltado por los aires con la reforma de 2022. Se genera así, un tipo penal difuso, que fomentará la inseguridad jurídica y en todo caso parece volatilizado el principio de lesividad como expresión de la función de protección de bienes jurídicos.

En tercer lugar, el beneficiario afronta la reforma en materia de delitos contra la libertad sexual, operada por medio de la LO 10/2022; es la popularmente conocida Ley del “solo sí es sí”. Los efectos, que ha provocado esta reforma, son conocidos: al verificarse una rebaja de penas en los delitos de agresión sexual se ha instado la pertinente revisión de expedientes judiciales por mor del principio de aplicación retroactiva de la ley penal posterior en el tiempo, favorable al reo. Y este expediente de revisión es de imperativo cumplimiento, incluso de oficio, por parte de los Tribunales, porque queda vinculado a las previsiones del art. 2.2 del Código Penal y al mandato constitucional de respeto al principio de legalidad, reflejado en el art. 25.1 CE.

No es fácil llegar a entender, lo que se proponía el Ministerio de Igualdad al impulsar la reforma en materia de delitos sexuales. Parece que la pretensión principal se orienta a la supresión de la diferenciación entre el tipo penal de abuso sexual y el de agresiones sexuales. Se quería así, volatilizar la distinción entre delito contra la libertad sexual verificado con un consentimiento viciado de la víctima de aquellos otros ilícitos penales llevados a cabo con violencia o intimidación. La pregunta es, por qué debía suprimirse esta diferenciación entre dos tipos penales; uno más grave y otro menos grave. La razón no era otra, que consolidar una cultura en torno a que el consentimiento se expresa o no se expresa a la hora de mantener una relación sexual. De ahí el lema, “solo sí es sí”.

La pretensión se ubica en la cultura de la nueva Edad Media, en la que, frente a problemas complejos, se opta por soluciones sencillas, simples, por no llamarlas infantiles. Y se afirma lo anterior, por cuanto en todo enjuiciamiento penal por delito sexual se va a acabar indagando probatoriamente en punto a si la conducta delictiva contra la libertad sexual fue llevada a cabo con violencia o intimidación sobre la víctima, o bien por un mero abuso circunstancial de superioridad. Y esta carga de probanza propia del juicio penal, se efectuará porque en la horquilla de penalidad llevar a cabo la conducta con violencia o intimidación es más grave que llevarla a cabo con abuso de superioridad. De ahí el desatino de algunas declaraciones del entorno del Ministerio de Igualdad, en torno a la necesidad de suprimir el “calvario probatorio de las víctimas”. No puede haber condenas sin que se asuma el *onus probandi*. En definitiva, con independencia del modelo de incriminación por el que se opte en el CP, procesalmente se indagará por las circunstancias concretas en que se verificó el delito contra la libertad sexual, así como por la credibilidad del relato de la víctima.

Creo, y comparto las opiniones críticas del beneficiario, que hemos tirado por la borda la secular distinción entre el delito de abuso sexual y el de agresión, que había permitido estructurar de manera racional los delitos de libertad sexual, proporcionando un buen y adecuado desarrollo hermenéutico, con independencia de que los Tribunales hayan reflejado en su jurisprudencia una evolución cultural en la materia muy sensible para con las víctimas. Y hemos tirado por la borda esa bipartición típica para nada.

Vamos con el segundo extremo de la polémica, este alude al efecto de rebaja de penas, no automático para todos los casos, pero sí ocasional que ha provocado la reforma de 2022.

Una primera explicación de este efecto punitivo “hacia la baja”, se hallaría en razones técnicas de determinación de la pena. Como al unificar las referidas figuras típicas en una sola se ha rebajado el límite mínimo de las penas, obviamente el barómetro intermedio de penalidad ha bajado, y esto motiva la revisión de sentencias que antes hemos indicado.

Las críticas, entonces, se orientarían a que, el Ministerio de Igualdad, y posteriormente el Gobierno y, luego, la mayoría de grupos parlamentarios no advirtieron este efecto punitivo a la baja por desconocimiento técnico o por impremeditación. Esto es, se trataría de un fenómeno de imprevisión legislativa. Más, no parece ser esto lo que ha ocurrido. En fechas recientes, JUAN LUIS CEBRIAN, en un atinado artículo de opinión señalaba¹³ que la Delegada del Gobierno contra la violencia de género, explicaba que ese descenso punitivo, había sido advertido, pero que en ningún caso el Ministerio de Igualdad quería abrazar un punitivismo a ultranza contra los agresores sexuales, pues “nunca hemos arreglado la violencia con más violencia”.

13. CEBRIAN, J.L. ¿Qué no entiende el Presidente del solo sí es sí?, El País, 13 de febrero de 2023, p.9

Es decir, el deseo del Ministerio de Igualdad era la de considerar la violencia sexual como un problema social inherente a la persistencia de la cultura patriarcal y no como expresión de desvíos ocasionales de unos malvados delincuentes. En consecuencia, la rebaja de las penas para los agresores sexuales fue introducida conscientemente en la reforma legal, no fue un error técnico, sino una decisión política, que pretendía incidir en la prevención y reparación del delito y la protección de las víctimas, moderando la intensidad punitiva contra los agresores.

En suma, estamos ante una reforma legal que ha generado una gran polémica. Ha alterado la bipartición de las conductas contra la libertad sexual, de manera gratuita, pues procesalmente se va a seguir indagando sobre el consentimiento de la víctima, sobre su credibilidad y sobre las circunstancias del delito de agresión sexual. Al unísono, se ha verificado la rebaja de penas que ahora intenta ser contrarestada con una nueva reforma del Código Penal, en un mar de confusión sobre las razones que llevaron a la expuesta rebaja punitiva, que se ha intentado esclarecer en esta contestación al discurso de ingreso del **Dr. de las Heras**.

Comparto con el recipiendario, la crítica al Derecho penal simbólico, a la impremeditación de las reformas y, si se me permite, a la “audacia juvenil” con la que ha querido expresarse el Ministerio de Igualdad en la reforma ahora comentada.

El discurso de ingreso culmina la exposición de recientes manifestaciones legislativas con una brillante reflexión sobre la reforma del delito de malversación de caudales públicos operada por LO 14/2022 de 22 de diciembre.

De nuevo estamos ante una manifestación de la utilización del Derecho Penal como instrumento de gobierno. En este caso,

ante una reforma del CP destinada al logro de unos concretos fines políticos. Comparto con el **Dr. de Las Heras**, que esta reforma viene a ser un peaje a ninguna parte, como ahora veremos.

La reforma partió de la idea de encorsetar el delito de malversación de caudales públicos a situaciones donde concurriese un ánimo de lucro de manera que el tipo penal quedara limitado a conductas de autoridades o funcionarios que actuaban con el ánimo de apropiarse del patrimonio público. A partir de esta idea de partida, la reforma pasa a configurar tipos penales de menor intensidad punitiva, que contemplan conductas de malversación de caudales públicas en las que no está presente el ánimo de lucro (art.432 bis.I y II y art.433 CP); se trata de dos grupos de conductas típicas: en un caso se tipifica el destino a usos privados del patrimonio público sin ánimo de lucro, con un subtipo agravado para el caso que el culpable no reintegre los fondos públicos desviados en el término de diez días siguientes a la incoación del procedimiento; en la restante previsión típica se tipifica la aplicación del patrimonio públicos a un destino distinto al que estuviere destinado.

La reestructuración del delito de malversación de caudales públicos, como expone el recipiendario, ha supuesto el retorno al modelo originario de incriminación del Código Penal de 1995, que a su vez venía a reproducir las previsiones del Código Penal de 1973. Y en verdad esto es positivo. Como señala la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, la Reforma del CP de 2015 había configurado la figura delictiva analizada por remisión al delito de administración desleal y al delito de apropiación indebida del patrimonio privado; se trataba de una opción político-criminal desacertada pues el manejo de fondos públicos no puede regirse conforme a los deberes de administración que imperan en el sector privado y es cierto que, en ocasiones, esta opción legal podía perturbar la adecuada hermenéutica del de-

lito de malversación del patrimonio público, pudiendo llegar a conducir a la incriminación de conductas que no albergan suficiente lesividad. Por tanto, bienvenida sea la Reforma de 2022 en la materia porque viene a desterrar la confusa Reforma de 2015 del CP.

No obstante, si los designios gubernamentales con la Reforma de 2022 eran los de diseñar una legislación favorable al reo que motivase la revisión de condenas de alguna de las personas condenadas en el denominado caso del “procés”, no se alcanzará ese objetivo. El **Dr. de las Heras** argumenta, con acierto, que esta reforma es exponente de una instrumentalización del Derecho penal con estrictos fines políticos, y que genera un debate estéril, pero dañino para la imagen del país, sobre un posible trato de favor en el futuro para los malversadores de caudales públicos. Nada más lejos de la realidad, como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo, el ánimo de lucro en el referido delito abraza las modalidades indirectas y paralelas; concretamente el Auto de 12 de enero de 2023 señala: “... el ánimo de lucro resulta igualmente apreciable cuando se despoja a la Administración de unos fondos públicos para atender obligaciones de pago que corresponden al sujeto activo del delito y que están plenamente desvinculadas del funcionamiento legítimo de la Administración, como cuando se atribuye a la Administración una obligación de naturaleza particular y totalmente ajena a los intereses públicos que se gestionan. En ambos supuestos se dispone de bienes públicos como propios y se apartan del destino para la obtención de un beneficio particular”.

De esta manera, el TS descarta que sean aplicables los tipos atenuados antes expresados al denominado caso del “procés”.

En suma, no se han alcanzado los designios políticos de la reforma penal, pero paradójicamente se ha resituado de un modo

racional el modelo legal de incriminación en materia de malversación de caudales públicos, suprimiendo los defectos de la Reforma de 2015. Esta suerte de improvisaciones y de paradojas son propias del momento histórico actual, la Nueva Edad Media, presidido por la incertidumbre y las zonas grises.

No acaban aquí las paradojas, el mensaje percibido por la opinión pública nacional e internacional es que se ha producido una suerte de despenalización de la malversación del patrimonio. Nada más lejos de la realidad; de manera impremeditada la LO 14/2022 constituye una buena reforma legal en el plano técnico y político criminal.

CONCLUYO YA SR. PRESIDENTE:

Hemos escuchado un discurso valioso, que desprende sapiencia, moderación y amplitud de miras. Conjuga planteamientos críticos con demandas de actuación institucional y académica presididas por la bondad y la racionalidad, siempre pensando en la defensa de los derechos del ciudadano.

El **Dr. de las Heras** se interroga por la legitimidad del Derecho penal, se adentra en desvelar los peligros del justicialismo imperante, expresión del populismo punitivo. Ha expuesto también fenómenos de reforma legislativa recientes que expresan el primado de la ley penal o bien la utilización del Derecho Penal como instrumento de gobierno. Planteamientos críticos formulados desde la veneración al Derecho, que el recipiendario profesa tanto en el ejercicio de la función docente e investigadora como el desarrollo de su trayectoria profesional como abogado.

La **Real Academia Europea de Doctores** incorpora a un joven maestro, que realza la institución y suma en su acervo a un jurista que profesa los valores del humanismo y del mejor liberalismo social, y que ostenta ya una profusa y fecunda obra publicada.

El **Dr. Luís de las Heras** está llamado a desempeñar, a partir de hoy, un papel primordial en el impulso de iniciativas académicas.

Sr. Presidente, compañeros de la Academia, estamos de enhorabuena con el ingreso del **Dr. Luís de las Heras**, a quien felicito con el rigor del solemne saludo académico y doy la bienvenida en mi condición de Académico que contesta su discurso, en nombre propio y en el de todos los presentes ; en el plano personal lo hago efusivamente al recordar que la fuerza del destino hizo que nos conociéramos hace casi una década e iniciásemos nuestra relación académica.

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
EUROPEA DE DOCTORES

Publicaciones



Revista RAED Tribuna Plural





FERMÍN MORALES PRATS (Barcelona 1957) es Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona (1983). En 1984 le fue concedido el Premio extraordinario de Doctorado, por la Universitat de Barcelona, por la tesis doctoral “La intimidad en el Derecho Penal español” (posteriormente publicada bajo el título “La tutela penal de la intimidad: *privacy* e informática). Desde 1994 es Catedrático de Derecho Penal en la UAB. Con anterioridad fue Catedrático en las Universidades de Cantabria (Santander) y de Lleida. El 15 de Septiembre de 1994 se produce la toma de posesión como Catedrático de la Universidad Autònoma de Barcelona, después de celebrado el pertinente concurso-oposición.

Docente en la UAB, ESADE, Abad Oliba, ISDE, Economist & Jurist School, ICAB así como es ponente en multitud de conferencias y seminarios.

Director de numeras tesis doctorales, ha participado en proyectos de investigación de ámbito nacional e internacional. Investigador en los años 80 y 90 en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg. i. Br. Alemania) y en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht (Universität Freiburg i. Br. Alemania), bajo la dirección del Prof, K. Tiedemann.

Es autor de más de setenta publicaciones en el ámbito de la Dogmática del Derecho Penal y de la Política criminal.

Es codirector de la revista Derecho y Proceso Penal de la editorial Aranzadi.

Abogado en ejercicio.

Nombrado Académico Numerario de la Real Academia Europea de Doctores en Barcelona el día 5/11/2015 con el discurso de ingreso “La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva Edad Media”.



“Actualmente vivimos un extraño fenómeno que podríamos calificar de síndrome de Estocolmo jurídico-penal. Este provoca que las masas, por un lado, reclamen más derechos y mayores libertades frente a un Estado que califican como opresor, y, por el otro, exijan el engrosamiento del catálogo punitivo en limitación de su propia libertad”.

“A todos los que nos hemos formado en las bases del Derecho Penal iluminista nos aguarda un imperativo categórico, el que indica que no caben concesiones ante la eficacia punitiva. Es la lucha por el respeto por el Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Es una lucha por acabar con la incertidumbre, la inseguridad y la desprotección de unas Leyes penales que fluyen al sentir de unas elecciones generales. Es una lucha que desgarra e intimida, pero de la que no se saldrá indemne desde la plácida y estéril equidistancia. Es una lucha que ha de librar la razón, porque sólo ella es capaz de generar paz e inducir a la reconciliación”.

Luis de las Heras Vives

1914 - 2023

Colección Real Academia Europea de Doctores



**Generalitat
de Catalunya**



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EDUCACIÓN, CULTURA
Y DEPORTE