

Reformas penales en la península ibérica:

A «jangada de pedra»?

Coordinadores

María Acale Sánchez
Anabela Miranda Rodrigues
Adán Nieto Martín

Prólogo

Juan Carlos Campo Moreno
Ministro de Justicia



Derecho Penal
y Procesal Penal

REFORMAS PENALES EN LA PENÍNSULA IBÉRICA:
A «JANGADA DE PEDRA»?

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra (†), catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

En memoria y recuerdo de don Vicente Gimeno Sendra (1949-2020)

REFORMAS PENALES EN LA PENÍNSULA IBÉRICA: A «JANGADA DE PEDRA»?

MARÍA ACALE SÁNCHEZ
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
ADÁN NIETO MARTÍN

COORDINADORES

Jornadas de las Secciones española y portuguesa de la AIDP

Cádiz, 16 y 17 de julio de 2020



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: julio de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
© De los trabajos, sus autores

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

NIPO: 090-21-095-3 (edición en papel)
090-21-096-9 (edición en línea, PDF)
090-21-097-4 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2742-8

Depósito legal: M-18996-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO, JUAN CARLOS CAMPO MORENO	9
PRESENTACIÓN	15
EL DOBLE FILO DE LA ESPADA: LIBERTADES, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEY PENAL	17
Derechos humanos y ley penal, <i>Juan M. Terradillos Basoco</i>	19
Direitos fundamentais e lei penal, <i>Nuno Brandão</i>	45
¿Libertad económica o insolvencia punible? El riesgo (no) permitido del deudor como problema <i>sine die</i> , <i>Elena Gutiérrez Pérez</i>	55
Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes?, <i>José León Alapont</i>	77
<i>As grandes contraordenações: entre um tertium genus e a dignidade penal (ou um caso de expansão dissimulada de direito penal)</i> , <i>Tiago da Costa Andrade</i>	103
REFORMAS PROCESALES Y COOPERACIÓN JUDICIAL	117
Bases de lo que debería ser una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	119
Reforma procesal penal: algunas cuestiones urgentes, <i>Coral Arangüena Fanego</i>	143
Aproximación a la tecnología <i>blockchain</i> . Algunas notas de su aplicación como instrumento frente a la corrupción, <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	165
La armonización de las garantías procesales de investigados y acusados en la UE. Compromisos de trasposición pendientes en el ordenamiento jurídico español, <i>Ana María Neira Pena</i>	187

	Páginas
Da possível invocação da presunção da origem criminosa do património como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada, <i>Túlio Felipe Xavier Januário</i>	211
SEDICIÓN	235
Adiós al delito de sedición, <i>Manuel Cancio Meliá</i>	237
Crimes políticos, <i>Whistleblowing</i> e <i>Secessão</i> : A dimensão transnacional do problema, <i>Miguel João Costa</i>	249
¿UN NUEVO MODELO DE DERECHO PENAL SEXUAL?	263
«Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, <i>Patricia Faraldo Cabana</i>	265
A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português, <i>Anabela Miranda Rodrigues</i>	281
Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas «violaciones múltiples», <i>Jara Bocanegra Márquez</i>	295
LEY DE MUERTE DIGNA Y EUTANASIA	321
Ley de la eutanasia: una Ley emanada de la dignidad, <i>Juan Carlos Carbonell Mateu</i>	323
SISTEMA DE PENAS	349
La prisión permanente revisable y la revisión del sistema de penas, <i>María Acale Sánchez</i>	351
Como identificar a natureza jurídico-penal de consequências jurídicas?, <i>António Vaz de Castro</i>	375
O impacto do COVID-19 nas prisões: Os novos (e velhos) desafios na garantia dos direitos fundamentais dos reclusos, <i>Karla Tayumi Ishiy</i>	389
EPÍLOGO	403
Internacionalización de los penalistas españoles, <i>Luis Arroyo Zapatero</i>	403

PRÓLOGO

El presente libro es fruto de unas jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Cádiz, los días 16 y 17 de julio de 2020, organizadas por las secciones portuguesa y española de la Asociación Internacional de Derecho Penal. En ellas se abordaba la situación de la política criminal española ante la nueva legislatura que había comenzado unos meses antes, después de que el Partido Socialista Obrero Español ganara las elecciones generales de noviembre de 2019 y Pedro Sánchez fuera investido Presidente del Gobierno en enero de 2020.

Tuve la suerte de poder asistir a aquellas jornadas y guardo muy grato recuerdo de las mismas. Y no solo porque se celebraron en mi querida Universidad de Cádiz y contaron con la participación de prestigiosos juristas a los que admiro y aprecio. Creo que en esas jornadas se trataron temas que, además de ser de gran interés para cualquier estudioso del Derecho, se encuentran directamente relacionados con algunas de las reformas legislativas que habían sido anunciadas por el nuevo Gobierno y en las que yo, como Ministro de Justicia, me siento personalmente implicado. Reformas penales de carácter sustantivo que afectan al Código Penal, como por ejemplo las reformas relativas a los delitos contra la libertad sexual, la eutanasia, los delitos contra el orden público o la prisión permanente revisable; y reformas penales de carácter procesal, como por ejemplo la ambiciosa reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todas estas reformas fueron objeto de análisis en aquellas jornadas y de allí extrajimos los presentes interesantes reflexiones. Deseo, por este motivo, mostrar de nuevo mi agradecimiento a la Asociación Internacional de Derecho Penal y a los organizadores de las jornadas por haberme invitado a participar en ellas. Aprovecho también para dejar constancia de mi agradecimiento a las

profesoras María Acale Sánchez y Anabela Rodríguez Miranda, así como al profesor Adán Nieto Martín, por la oportunidad que me brindan ahora de prologar este libro en el que se publican las ponencias y las comunicaciones de aquellas jornadas, junto a otras interesantes aportaciones de ilustres colegas portugueses y españoles.

Quiero destacar el especial acierto que constituye, a mi juicio, el haber organizado estas jornadas sobre la política criminal de la nueva legislatura española, volviendo la mirada, una vez más, a la prestigiosa academia portuguesa, con la que espero y deseo que siga manteniéndose durante muchos años un fructífero diálogo intelectual. Sin ánimo de restar importancia a la influencia de otras culturas jurídicas europeas, como la alemana o la italiana, me parece muy oportuna la imagen de la «*jangada de piedra*» para reivindicar el especial vínculo cultural y jurídico que existe entre los dos países que formamos la península ibérica. Son muchos los desafíos político-criminales que ambos países debemos afrontar desde nuestras ya no tan jóvenes democracias y son muchas las reflexiones que a este respecto podemos compartir. Basta con leer los trabajos de los académicos portugueses que se publican en este libro para comprobar la similitud de los problemas teóricos que afrontamos ambos países y la utilidad de los debates que tienen lugar en este tipo de encuentros universitarios.

La elección de los temas, tanto en las jornadas como en el libro que ahora se presenta, es otro de los aciertos por los que debo felicitar a los organizadores. Difícilmente podrían haberse encontrado unos temas de mayor actualidad. Como dije en la clausura de las jornadas, parecería que, al escoger las ponencias, los organizadores hubieran leído el pensamiento del Gobierno y, muy especialmente, del Ministro de Justicia. Son justamente los temas que preocupan y ocupan en estos momentos al Gobierno de España y que necesariamente están llamados a protagonizar muchos de los debates jurídicos y políticos de los próximos años, tanto en la academia, como en los medios de comunicación y en el conjunto de la sociedad.

Buena parte de estos temas responden de hecho a demandas históricas de amplios sectores de la sociedad. Y debe recordarse que la Justicia, al igual que el resto de servicios públicos, debe siempre ser útil la sociedad. Abordando estos temas, reflexionando sobre ellos en foros de debate y aportando respuestas interpretativas y normativas a las problemáticas que plantean, estamos siendo de utilidad a la sociedad. Estamos siendo útiles o pretendemos ser útiles, por ejemplo, a esa gran cantidad de mujeres que, en mayor o menor medida, han visto restringida durante muchos años su libertad sexual. Desde las que se enfrentan a situaciones incómodas en el ámbito laboral con sus jefes y com-

pañeros, hasta las que se pasean por la calle con miedo a ser acechadas o asaltadas. Queremos ser útiles también a las personas enfermas que voluntariamente quieren poner fin a su sufrimiento, sin que los seres queridos que les prestan su ayuda deban enfrentarse por ello a un reproche y una sanción penal. Intentamos ser útiles igualmente a quienes reclaman una regulación coherente, precisa y proporcionada de los delitos contra el orden público y, por extensión, de aquellos delitos relacionados con el ejercicio de la crítica y la disidencia política. También deseamos ser de utilidad a aquellas personas que, después de haber cometido un delito y haber sido castigadas por ello, aspiran a tener una nueva oportunidad de reintegrarse pacíficamente en la sociedad, sin necesidad de hacer frente a una pena desproporcionada e inhumana que les haga perder toda esperanza de reinserción. Pretendemos ser útiles, por último, a quienes se ven obligados a investigar y enjuiciar delitos en el marco de un proceso penal decimonónico cuya regulación incorpora preceptos de tres siglos diferentes.

Partiendo de la convicción de que todas estas reformas son importantes y de que, para poder afrontarlas, es fundamental tener en cuenta la opinión de los expertos, deseo expresar también mi agradecimiento a quienes participaron en las jornadas y a quienes publican ahora sus contribuciones. Gracias a ellos conseguimos todos que la política criminal avance, identificando las reivindicaciones sociales y buscando la mejor forma satisfacerlas. Desde el Ministerio que dirijo, estamos convencidos de lo importante que es escuchar a quienes han dedicado tiempo y esfuerzo a pensar sobre todas estas cuestiones. Tomamos nota, por ello, de sus reflexiones y conclusiones.

En el marco de nuestro proyecto «Justicia 2030», estamos elaborando un ambicioso programa de medidas con un horizonte temporal de 10 años para transformar nuestro sistema de justicia en un auténtico servicio público de calidad que responda a las preocupaciones y demandas de la sociedad. En este programa incorporamos también algunas propuestas legislativas como las que se plantean en este libro colectivo. Como decía, son todas propuestas en las que veníamos reflexionando desde hace tiempo y en las que ya hemos empezado a trabajar.

En lo que se refiere a los delitos contra la libertad sexual, existe una propuesta inicial del Ministerio de Igualdad, en la que ha participado también el Ministerio de Justicia, que aborda la reforma de estos delitos partiendo de la necesidad de garantizar en todo momento el consentimiento unívoco de quienes aceptan participar en una relación sexual, tomando como referencia a este respecto el art. 36 del Convenio de Estambul. Desde ese punto de partida, se pretende acabar con la distinción entre abusos y agresiones sexuales, para poder tratar como agresión todo acto sexual que se lleve a cabo sin el consenti-

miento de la víctima, calificándolo como violación siempre que implique acceso carnal o introducción de miembros u objetos; al igual que se pretende evitar que los eventuales agresores se aprovechen de situaciones ambiguas o confusas en las que se haya visto coartada la voluntad de las personas que intervienen en la relación sexual.

En cuanto a la regulación de la eutanasia, está avanzada la tramitación de una nueva ley, por iniciativa del grupo parlamentario socialista, en la que además de establecerse un protocolo para llevar a cabo la ayuda a morir dignamente, se opta por despenalizar definitivamente la conducta de quienes, cumpliendo con las garantías previstas en dicho protocolo, producen o ayudan a producir la muerte de otra persona. Es esta una iniciativa que ha logrado un amplio consenso entre los grupos parlamentarios y que constituye un avance fundamental en la lucha por el respeto de derechos fundamentales como la libertad, la integridad y la dignidad personal.

Por lo que se refiere a los delitos contra el orden público, se ha realizado ya un estudio comparado de la regulación de estos delitos en el marco europeo y se han empezado a identificar algunos defectos tanto en la definición de la conducta típica como en la delimitación con otros delitos parecidos. Muchos de estos defectos vienen dados por el carácter decimonónico de la regulación de estos delitos, pensados para actos de subversión política muy distintos de los que actualmente pueden suponer una amenaza a nuestro sistema constitucional.

En relación con la pena de prisión permanente revisable, que tantas críticas ha recibido por la inmensa mayoría de la doctrina penal, se quiere llevar a cabo una revisión de la misma, de cara a una eventual reforma o derogación; sobre todo, teniendo en cuenta su difícil encaje en un ordenamiento jurídico penal que desea cumplir con el mandato constitucional de resocialización, además de otros principios fundamentales del Derecho penal liberal como los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas.

Por último, no quiero dejar de hacer alusión a la importante reforma que se está acometiendo en este momento en materia procesal. Desde el Ministerio de Justicia se ha presentado ya el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el que se pretende actualizar y ajustar tan importante norma a las necesidades actuales del proceso penal, muy distintas de las que tenía hace dos siglos. Uno de los aspectos más importantes que se ha abordado en esta reforma es la superación del juez instructor, que permitirá liberar al poder judicial de funciones ajenas al ejercicio de la potestad jurisdiccional, en consonancia con su configuración constitucional. Pero hay también otros aspectos que evidencian la urgencia de renovar la norma procesal: la efectiva

tutela de los derechos de las víctimas, la regulación de nuevos medios de investigación tecnológica o el establecimiento de nuevas garantías en materia de protección de datos personales y derechos digitales son algunos de esos otros aspectos que se han tenido en cuenta en el Anteproyecto y que confiamos en que sean bien valorados por los grupos parlamentarios.

Este libro que ahora se presenta alude a todas estas posibles reformas, identificando muchos de los temas que van a ser objeto de debate político y jurídico en los próximos tiempos. Pero más allá de eso, su interés reside en la relevancia de los temas abordados y en la profundidad con la que son analizados por los prestigiosos juristas que firman las diferentes contribuciones. De especial interés son las aportaciones de los colegas portugueses, que inciden también en estas reformas, partiendo de otras experiencias y ofreciendo una perspectiva comparada que resulta siempre de gran utilidad. Por la relevancia de los temas y por la calidad de los trabajos, estoy convencido de que este libro se convertirá en obra de consulta obligada para los estudiosos de la política criminal española y europea.

JUAN CARLOS CAMPO MORENO

Ministro de Justicia

PRESENTACIÓN

En mitad de estos tiempos pandémicos estamos particularmente satisfechos de que vea la luz esta publicación que recoge las actas de la reunión que las Secciones portuguesa y española de la AIDP celebraron en Cádiz los días 16 y 17 de julio de 2020. Esos días aparecen ahora iluminados por la clara luz de su bahía. La cita no hubiera sido posible sin la generosidad y sobre todo valentía de la Universidad de Cádiz. Nos gustaría personificar nuestro agradecimiento en su Rector Magnífico D. Francisco Pinella Corbacho. No menos ilusionante fue contar con la presencia del Sr. Ministro de Justicia, D. Juan Carlos Campos, quien además nos ha remitido una valiosa introducción. Igualmente fue un gran aliciente, que el profesor Vervaele, nuestro presidente mundial, estuviera dispuesto a cruzar media Europa conduciendo para asistir a las jornadas.

Hacía mucho tiempo que ambas secciones nacionales no se reunían y es la primera vez que lo han hecho conjuntamente, inaugurando un modo de hacer las cosas que todos esperamos que se convierta en costumbre. Nadie desea que la península ibérica responda a la metáfora de la balsa de piedra, y como ocurre en la novela de Saramago se convierta en una isla que navegue sola, desprendida de Europa, pero esto no impide que no podamos sentirnos especialmente hermanados y que sobre todo disfrutemos debatiendo problemas comunes.

Las organizaciones internacionales son hijas de otros tiempos, en los que no eran frecuentes ni fáciles los contactos entre académicos o profesionales. Hoy hay muchos que cuestionan su utilidad. No hace falta ningún tipo de estructura para asegurar unos contactos científicos que son más frecuentes que nunca. Lógicamente no pensamos así. Los encuentros entre académicos y profesionales suelen convocar a los colegas ya asentados. En cambio, las oportunidades son mucho menores para el colectivo de jóvenes penalistas y procesalistas y en un mundo globalizado la posibilidad de construir redes personales y científicas resulta imprescindible. Por ello desde el primer momento se deci-

dió que tanto dentro de las jornadas, como de esta publicación, los jóvenes penalistas y procesalistas habían de ocupar un papel muy relevante. Nada nos gustaría más que la vieja AIDP fuese el punto de encuentro de todos los jóvenes que se inician como jueces, fiscales, abogados o investigadores en el Derecho penal.

Pero no es solo ésta la razón que justifica la necesidad de organizaciones internacionales como la AIDP. Una política criminal democrática no sólo se construye a partir de los trabajos parlamentarios, ni mediante la elaboración de los proyectos legislativos en los que como exige en España desde hace ya algunos años la Ley del Gobierno deben oírse obligatoriamente todos los afectados. También requiere contar con la voz de expertos. La AIDP desde hace más de cien años viene cumpliendo esa misión y lo hace tanto en el marco nacional como internacional. Los congresos internacionales, en los que se trabaja durante cuatro años, son el momento de influir y tomar partido en asuntos de política criminal internacional. Los congresos nacionales, además de analizar los temas generales propuestos por la organización, deben servir para discutir y participar como colectivo en la política criminal de cada país. Por esta razón, al confeccionar el programa de la reunión no hicimos sino recoger los asuntos que se encontraban en las agendas legislativas de ambos países. En la mayoría de los temas se planteó una doble ponencia con el fin de comprobar el estado de la cuestión en España y Portugal. Los ponentes no sólo aceptaron el reto de desplazarse a Cádiz cuando quizás la prudencia aconsejaba no hacerlo, sino que además nos han entregado por escrito sus reflexiones.

La publicación interesó desde el primer momento a la editorial del Boletín Oficial del Estado, lo que asegura una cuidada edición y además su difusión gratuita *on line*. Toda una lección de servicio público.

MARÍA ACALE SÁNCHEZ
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
ADÁN NIETO MARTÍN

**EL DOBLE FILO DE LA ESPADA:
LIBERTADES, DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LEY PENAL**

DERECHOS HUMANOS Y LEY PENAL ¹

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO

Profesor Emérito. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

I. EL PROGRAMA POLÍTICO-CRIMINAL DEMOCRÁTICO

I.1 Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)

En 1924, bajo la dirección de Donnedieu de Vabres, la AIDP había hecho suyos, en su escueta acta fundacional, los Estatutos de la Unión Internacional de Derecho Penal, que no contienen referencia alguna a los derechos humanos. Pero, ya en la postguerra, sucesivos congresos –señaladamente la Conferencia de Budapest de 1974– abordarían el enfoque de las relaciones entre «*la justicia penal y el Estado de Derecho*», hasta que la Asamblea General de Río de Janeiro (2014), incorporó a los Estatutos la consideración de los «*principios proclamados por la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos*» como guía en la que se fundan las actividades de la AIDP², que asumió, así, el compromiso de incorporar a sus estrategias político-criminales la tutela proactiva de esos principios y derechos, cuyo contenido perfilan los textos constitucionales estatales y los tratados internacionales en la materia.

¹ «La Política criminal ante la Nueva Legislatura». Ponencia presentada a las Jornadas de las secciones española y portuguesa de la AIDP, Cádiz, 16-17 de julio 2020.

² VERVAELE, J. A. E., «La UIDP/AIDP: 125 años al servicio de la justicia penal, La humanidad y los derechos humanos»: *Revue Internationale de Droit Pénal*, 86, 2015, pp. 796-800.

El programa político-criminal democrático no puede limitarse a la consolidación del orden penal o social instalado³. En el marco de una sociedad dinámica, en la que confluyen factores heterogéneos, al sistema penal no se le puede pedir la tutela de un momento cristalizado (*statu quo*), sino que responda a una tensión dialéctica que se manifiesta en el conflicto/delito⁴. Y el Derecho penal ha de responder, decidiéndose, desde el compromiso, no por la reafirmación de lo socialmente adecuado, sino por la funcionalidad para con lo constitucionalmente exigido. No compete al Derecho penal la definición de los programas de derechos fundamentales, pero no puede contradecirlos⁵.

La Exposición de Motivos (EM) del Código Penal español (CP) lo asume explícitamente y se compromete a «*avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución*»; cierto que no corresponde al Derecho penal llevar a cabo esa tarea, pero sí contribuir a ella «*eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización*».

1.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

La función de garantizar la vigencia de los derechos humanos no exige del legislador penal el rastreo puntilloso de los catálogos constitucionales o de las declaraciones internacionales para identificar exhaustivamente todo lo susceptible de ser elevado a la categoría de bien jurídico. Pero tampoco resultaría coherente prescindir de los textos que gozan de mayor reconocimiento. Entre ellos, la CDFUE, avalada por un consenso político sólido⁶, garantiza a los derechos humanos el nivel mínimo de protección fijado por «*el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros... así como por las constituciones de los Estados miembros*» (art. 53). Así, la CDFUE se yergue

³ Es la propuesta de JAKOBS, G. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, 1996, pp. 40-41) o SILVA SÁNCHEZ, J. M. («Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios del art. 286 ter CP español», en GÓMEZ MARTÍN, V./MONTIEL, J. P./SATZGER, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, 2018, pp. 64-65).

⁴ CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 118-119.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch, 2020, pp. 63-64.

⁶ MANGAS MARTÍN, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», en LÓPEZ ESCUDERO, M. P. (ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 65 y 74.

legítimamente en referencia para la identificación de bienes jurídicos de cuya tutela no puede inhibirse la política criminal democrática.

II. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Los denominados derechos civiles y políticos son objeto de los siguientes capítulos de la CDFUE: I. Dignidad, II. Libertades, III. Igualdad, V. Ciudadanía, y VI. Justicia

II.1 Dignidad

La CDFUE, al declarar que la Unión está fundada, entre otros valores «*indivisibles y universales*», en la dignidad humana, que «*será respetada y protegida*» (art. 1), coloca los cimientos del entramado de garantías penales que son su corolario ineludible: principios de necesidad, de intervención mínima, de lesividad y de culpabilidad.

II.1.a) VIDA

El art. 2.1 CDFUE proclama que «*Toda persona tiene derecho a la vida*», lo que, puesto en relación con el art. 1, debería conducir a una protección penal «fuerte».

No lo refleja así el CP. A partir de la reforma operada por la *Ley Orgánica (LO) 1/2015*, el homicidio por imprudencia leve es atípico. Si la imprudencia fuere menos grave –categoría que hoy incluye algunos casos considerados, antes de la reforma, como imprudencia grave⁷ y castigados con prisión de hasta cuatro años– la pena será de multa (art. 142).

Esta devaluación del bien jurídico vida pareció pronto excesiva al legislador, que, con la *LO 2/2019*, rectificó el paso dado en 2015 e introdujo «*supuestos que se van a considerar imprudencia grave por disposición de la ley, así como una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave*» (Preámbulo). En consecuencia, «*se reputará en todo caso como imprudencia grave*» la conducción de vehículos de motor concurriendo los requisitos del art. 379 CP –delitos contra la seguridad vial– (art. 142.1). y ello porque se

⁷ SAP Madrid, sec.7.ª, 21.09.2016, Fundamento Jurídico (FJ) Tercero (Ecli: ES: APM:2016:9758).

trata de «*circunstancias indicativas de una especial negligencia por parte del conductor*» (*Preámbulo*). A su vez, la imprudencia «*se reputará ... menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*» (art. 142.2).

En síntesis, se reputarán como graves o menos graves, porque no lo son, manifestaciones de imprudencia de gravedad inferior, siempre que concurren ciertas infracciones administrativas. Lo que mezcla, confundiéndolos, ilícito penal y administrativo⁸, y desconoce que los principios de legalidad y de intervención mínima no admiten la remisión indiscriminada a «*las normas sobre tráfico*».

El descontento de los allegados de las víctimas fallecidas en accidentes de tráfico por la destipificación de la imprudencia leve empujó al legislador a introducir en el CP el delito de fuga (art. 382 *bis*), para, según reconoce el *Preámbulo* de la LO 2/2019, castigar «*la maldad*» inherente al abandono del lugar del accidente. La apelación a la maldad para justificar, en ausencia de bien jurídico afectado, un precepto penal es inaceptable: «*para sancionar maldades intrínsecas, están las penas del Infierno, no las del Estado*»⁹. Además, y contradictoriamente, mientras el homicidio por imprudencia leve es atípico, el origen del accidente del que se huye puede ser una imprudencia leve o, incluso, un hecho fortuito (art. 382 *bis*, 2 y 3). Finalmente, se reserva pena más grave para el abandono del lugar del accidente que para la causación de lesiones por imprudencia menos grave o, incluso, grave¹⁰.

Parecería aconsejable desandar lo andado y volver, en los términos previos a la reforma de 2019, a castigar el homicidio por imprudencia no grave, liberando al juzgador de presunciones legales e interpretaciones auténticas que no son sino cálculos actuariales del legislador. Saldrían fortalecidos, entre otros, los principios de proporcionalidad, culpabilidad y judicialidad, así como el derecho a la defensa.

El art. 195 refleja también una valoración banal de la vida: no socorrer a quien se hallare en peligro grave –p. ej., de morir–, o no demandar auxilio ajeno, será castigado con multa, en cuantía similar o inferior a las impuestas por el escarnio a ritos religiosos (art. 525) o por el hurto de una cantidad irrelevante (art. 234).

⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 35.

⁹ CARBONELL MATEU, J. C., «Omisión del deber de socorro», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 274.

¹⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Imprudencias en la circulación y Derecho penal»: *Almacén de Derecho*, 13.12.2019. En <https://almacenderecho.org/imprudencias-en-la-circulacion-y-derecho-penal>.

Por el contrario, el CP se muestra celoso garante de la vida frente a la muerte querida por su titular, que es la persona y no otros sujetos ultrahumanos, lo que sitúa el debate jurídico y político-criminal sobre el suicidio y la eutanasia no en el plano religioso, sino en el jurídico-constitucional¹¹. En ese marco, los derechos sobre la vida propia son vinculantes para la ley penal, que –con las matizaciones pertinentes en los casos de inducción– no puede castigar conductas de intervención en el suicidio libremente decidido¹².

No parece que esta sea la opción más viable: el Parlamento ha admitido a trámite la *Proposición de LO de regulación de la eutanasia* (BOCG, 31.01.2020, 46-1), del Grupo Parlamentario Socialista, que pretende modificar el art. 143.4 para despenalizar «*la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria*». Lo que supone, además de la indebida utilización en el CP del lenguaje binario excluyente, despenalizar la eutanasia solo para los profesionales mencionados y solo en los términos a definir por la genérica «*normativa sanitaria*» de referencia¹³.

Procede revisar el art. 140 *bis*, introducido en el CP por la *LO 1/2015*, que, sin aval político-criminal conocido, autoriza la imposición de una medida de libertad vigilada a los condenados por delitos del Tít. I del Libro II, «Del homicidio y sus formas», entre los que se encuentra la colaboración en la muerte querida de otro.

II.1.b) LESIONES

La proclamación del derecho a la «integridad física y psíquica» (art. 3 CDFUE) obliga a la ley penal a tutelar ese bien jurídico tal como lo conforma su titular.

La *LO 2/2019* modificó el art. 152 para introducir, *de facto*, la criminalización de las lesiones causadas por imprudencias leves. Debe ser objeto, por tanto, de las mismas críticas formuladas al art. 142 (*supra*, II.1.a). También la

¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., «Un derecho que no se respeta»: *DMD. Revista*, 82, 2020, p. 15. En <https://derechoamorir.org/2020/08/04/revista-de-dmd-no82/>.

¹² CARBONELL MATEU, J. C., «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional»: *DMD. Revista*, 82, 2020, pp. 10-12. En <https://derechoamorir.org/2020/08/04/revista-de-dmd-no82/>.

¹³ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El Derecho penal de la libertad: ¿qué hacemos con la eutanasia?»: *Almacén de Derecho*, 26.02.2020. En <https://almacenederecho.org/el-derecho-penal-frente-a-la-idea-de-libertad-que-hacemos-con-la-eutanasia>.

opción apuntada a propósito de la muerte querida podría trasladarse a este ámbito: las autolesiones son atípicas, y la colaboración con el autolesionado, debería serlo.

II.1.c) ABORTO

El art. 15 a) *LO 2/2010*, autoriza la interrupción del embarazo siempre que «*exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada*» y no se hayan superado «*las veintidós semanas de gestación*». Pero esta ley no veta, ni puede hacerlo, la apreciación de estado de necesidad (art. 20.5.^a) –que justificaría el aborto cuando su prosecución pusiera en riesgo grave vida o salud de la embarazada en cualquier momento del embarazo¹⁴–, por lo que mantener, al margen del CP, un plazo condicionante de la impunidad resulta disfuncional.

II.2 Libertades

II.2.a) LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

La CDFUE tutela, implícitamente, la libertad sexual, en los preceptos en que proclama el derecho a la libertad (art. 6), a la privacidad (art. 7), a la educación (art. 14), o a la no discriminación por sexo u orientación sexual (art. 21).

En el CP, la rúbrica del Tít. VIII señala cuáles son los bienes jurídicos protegidos –libertad e indemnidad sexuales– y veta el recurso a los enfoques víctima-céntricos¹⁵ que han llevado hacia una política criminal «*de cruzada*», dirigida a potenciar el carácter vinculante para el legislador de los valores morales hegemónicos en la materia, aunque no sean reconducibles a dichos bienes jurídicos¹⁶. El resultado es el recurso –tanto en la norma como en las resoluciones judiciales¹⁷– a delitos de sospecha, a tipos de autor basados en la

¹⁴ CARBONELL MATEU, J. C., «Aborto», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 99. LAURENZO COPELLO, P., «La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico», en Editorial Tecnos (coord.), *La evolución del Derecho en los diez últimos años*, Tecnos, 1992, p. 356.

¹⁵ RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal»: *Revista de derecho y proceso penal*, 32, 2013, p. 231.

¹⁶ MÚÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 205 y 236.

¹⁷ HAVA GARCÍA, E., «Los delitos de tenencia de material pornográfico: algunos problemas dogmáticos y otras dificultades relacionadas con su aplicación a las descargas de archivos a través de redes P2P», en RODRÍGUEZ MESA, M.^a J. (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 393.

desvalorización personal (art. 189.5), o a la consideración de meros actos preparatorios como delitos consumados (captar para, art. 189.1, a; contactar para, 183 *ter*, 2¹⁸).

En concreto, ha de revisarse el concepto normativo de pornografía infantil, que, tomado de la *Directiva 2011/93/UE*, castiga, en las letras c) y d) del art. 189.1, pár. segundo, comportamientos etiquetados como pornografía técnica, virtual, seudopornografía, etc., que, sin embargo, por no involucrar a menores, no soportan la adjetivación de «infantil». Es el caso de las imágenes «realistas» de comportamientos u órganos sexuales de un menor: la equiparación normativa de lo virtual a lo real se justifica, en opinión del Ministerio Fiscal, por la dificultad para distinguir las imágenes reales de las generadas por ordenador¹⁹, pero esa dificultad ni autoriza la calificación como infantil del hecho que no involucra a menores ni legitima la represión del pederasta –que se satisface con la visualización de imágenes de quien parece niño (art. 189.5)– y de quien se las facilita (art. 189.1.b), sin afectar, en ninguno de los dos casos, a la libertad o indemnidad de nadie²⁰. El CP explicita en estos preceptos su decisión de castigar la indecencia del pedófilo, con olvido del programa preventivo que le es exigible, ya que el uso en las prácticas sexuales íntimas de representaciones (dibujos, imágenes obtenidas técnicamente, muñecas de aspecto aninado, etc.), constituye un modo de satisfacer pulsiones personales político-criminalmente más deseable que el recurso –lesivo para la indemnidad sexual del menor– a la realidad representada²¹.

En los delitos relativos a la prostitución, el art. 187.1, pár. segundo, castiga a quien se lucre explotando la prostitución de otro aun con su consentimiento, y presume la concurrencia de explotación a partir de la vulnerabilidad personal o económica de la víctima o de sus condiciones de trabajo. El ámbito de tipicidad es contradictorio, pues el consentimiento válido excluye la explotación, y beneficiarse, con su aquiescencia, de la prostitución libremente ejercida por otro, no puede afectar a bien jurídico ninguno²². Pero el

¹⁸ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 237.

¹⁹ Fiscalía General del Estado, *Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*, cit., ap. 2.3.

²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Pederastia y pornografía», en RODRÍGUEZ MESA, M. J. (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 378.

²¹ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 262.

²² ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», cit., p. 256.

legislador, en lugar de aceptar esa realidad y de tomarse la tarea de delimitar, como núcleo del delito contra la libertad sexual, las características de la imposición, ha preferido extender la criminalización a la presunción de no consentimiento válido por parte de quien consiente (j). Lo que, a todas luces, debe ser revisado²³.

II.2.b) LIBERTAD RELIGIOSA

El art. 10 CDFUE, consagra la libertad «*de pensamiento, de conciencia y de religión*», y el 22 proclama el compromiso de la UE con «*la diversidad cultural, religiosa y lingüística*». La CE, por su parte, garantiza en su art. 16 «*la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades*», precisando que «*ninguna confesión tendrá carácter estatal*».

Sin embargo, el CP desconoce que en la libertad religiosa se integran «*las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia*»²⁴, y contraviene los principios constitucionales de imparcialidad y de prohibición de concurrencia, al ponerse al servicio del compromiso de cooperación con las confesiones religiosas asumido por el Estado en lo que no es sino reprochable «sobreconstitucionalización» de normas de rango inferior²⁵.

Cohonestar CE y CP exigiría que la rúbrica y el articulado de la Sección 2.^a suprimieran la referencia a lo religioso, ya protegido como una manifestación más de lo ideológico (libertad de conciencia).

El art. 523 castiga la interrupción o perturbación de actos propios de las confesiones «*inscritas*» en el Registro de Entidades Religiosas. Y el art. 524, al que, en lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación «*en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados*». Uno y otro entran en contradicción con un modelo constitucional en el que los derechos de libertad religiosa nacen con independencia de la formalización registral de una entidad o de su tutela por la ley ordinaria. El art. 524, además, incurre en el exceso de tipificar la ofensa a sentimientos: el Derecho

²³ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 272.

²⁴ TC, Pleno, sentencia 46/2001, de 15 de octubre, FJ 4.º y 5.º

²⁵ RUIZ MIGUEL, A., «Diez tesis sobre la laicidad en la Constitución»: *Jueces para la Democracia*, 61, 2008 pp. 41-42.

penal solo puede proteger algo más que estados de ánimo, y solo si ese algo se integra en el sistema constitucional de valores o bienes jurídicos²⁶.

Por su parte, el art. 522 castiga impedir o forzar a la realización de actos propios de una opción religiosa, «*por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo*». En el art. 523, los medios son, violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. Sería necesario eliminar medios como el apremio ilegítimo o las vías de hecho, que, en su vaguedad, nada describen, y confiar la utilización de coacciones o amenazas al Tít. VI, «*Delitos contra la libertad*».

II.2.c) LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, a la que la EM de la LO 10/1995 otorgaba «*toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático*», comprende, en el art. 11.1 CDFUE, «*la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades*». Se trata de derechos que pueden entrar en colisión con la tutela de los bienes jurídicos afectados por los delitos de odio, los de terrorismo, o contra la Constitución.

El art. 510.1, a) castiga la incitación o provocación al odio. El tipo ha de incorporar, por tanto, elementos equivalentes, en su mínimo, a los del art. 18 CP²⁷, que, a su vez, define formas de preparación o participación intentada solo criminalizadas cuando se proyecten sobre delitos especialmente graves. Por su parte, el odio pretendido no puede reducirse a interiorización de aversiones o rechazos, ha de dirigirse a comportamientos con proyección exterior²⁸: lo que es obvio en el caso de incitación a la violencia ha de serlo también cuando se incita al odio, la hostilidad o la discriminación.

²⁶ CARBONELL MATEU, J. C., «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y las humillaciones a las víctimas más allá de la provocación y la injuria», en ALONSO RIMO, C./CUERDA ARNAU, M. L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 335. LAURENZO COPELLO, P. «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1287.

²⁷ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 34-35.

²⁸ CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la Constitución», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 754.

Es «*dudosa*» la compatibilidad con la libertad de expresión del art. 510.2, b)²⁹, que castiga la mera expresión de ideas (enaltecimiento o justificación de delitos), incluso si inidónea para crear un clima de hostilidad u odio contra un determinado grupo, requisito exigido en el tipo agravado, pero que debería integrar el básico³⁰.

Debería también ser concretado el ámbito típico de la posesión de papeles o materiales que inciten al odio para distribuirlos o facilitar su acceso a terceros (arts. 510.1.b y 510.2.a). La *Decisión Marco 2008/913/JAI* demanda su castigo, pero no necesariamente mediante tipos específicos, por lo que las reglas generales de participación pueden cubrir la exigencia de la UE³¹.

La *LO 1/2015* reformó el art. 559 CP, para castigar la distribución o difusión pública de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público del art. 557 *bis*, o «*que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo*» No resulta necesario criminalizar estas conductas, que, especialmente las dirigidas a reforzar una decisión ya tomada, no llegan a la categoría de actos preparatorios punibles.

Entre los delitos contra la Corona, se castigan (arts. 490 y 491) ciertos ataques al honor o a la imagen del Rey y personas a él vinculadas «*en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas*». Ciertamente que la función asumida por estas personas puede avalar –aunque no en todos los casos– la protección penal intensificada de su vida, libertad o salud, pero esa misma función institucional aconseja la inhibición penal frente a conductas que constituyan ejercicio de la libertad de expresión y crítica³².

El art. 578.1, criminaliza el enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo, pero terminará castigando el ejercicio de la libertad de expresión si no exige que las conductas típicas lleguen al nivel de la apología (art. 18)³³. También castiga los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Debería reconsiderarse la pertinencia de mantener el delito en sus términos actuales o de reformarlo, incorporando la intensificación del tipo subjetivo –que no puede conformarse con el conocimiento de los elementos objetivos³⁴–, y del objetivo, que debe incorporar

²⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 745.

³⁰ CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la Constitución», cit., p. 756.

³¹ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión*, cit., p. 37.

³² CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la Constitución», cit., pp. 744 y 746.

³³ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, cit., p. 240.

³⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre la sentencia del TC 35/2020 en el conocido como caso Strawberry»: *Almacén de Derecho*, 02.04.2020. En <https://almacendederecho.org/sobre-la-sentencia-del-tc-352020-en-el-conocido-como-caso-strawberry>.

elementos de lesividad, como la generación de un grave sentimiento social de inseguridad o temor, hoy requerida en el tipo agravado del art. 578.3, pero no en el básico.

El art. 525, que castiga el escarnio a dogmas, creencias o ritos religiosos y la vejación a las personas en razón de sus creencias, debe ser derogado, con la consiguiente atipicidad de estas conductas, en tanto no sean constitutivas de injurias. Los propios términos «escarnio», «sentimientos religiosos», «dogmas», etc., reflejan que el CP sigue anclado en el modelo confesional previo a la CE. La crítica o el humor son formas de expresión a juzgar desde el pluralismo ideológico y la libertad de conciencia, no desde la religiosidad, solo vigente entre quiénes la profesan³⁵.

III.2.d) LIBERTAD DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

A tenor del art. 12.1 CDFUE, «*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico...*», lo que implica «*el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*».

Se duda, en doctrina, sobre el pedigrí democrático de la criminalización de la mera integración en asociación ilícita (art. 515). Máxime cuando los delitos de grupo y organización criminal cubren las manifestaciones de criminalidad colectiva necesitadas de respuesta penal³⁶. La escasa relevancia de la asociación queda patente en los preceptos del Libro I que dan reglas específicas para los delitos cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales, y no en el de una asociación (arts. 36, 89, 127 *bis*); o en los del Libro II, que aplican el mismo criterio para la apreciación de agravantes específicas (arts. 183.4 f), 197 *quater*, 286 *quater* c), 305.2 a).

La relevante función atribuida a los partidos políticos por la CE (art. 6) es ratificada por el art. 12.2 CDFUE: «*contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos*». La garantía penal de esa función pasa por la criminalización de las conductas que los convierten en herramientas delictivas. De ahí la introducción en el CP, por *LO 1/2015*, de un nuevo artículo, el 31 *quinquies*, que incorpora partidos y sindicatos al catálogo de personas jurídicas susceptibles de responder penalmente. La justificación de esta ampliación no resulta,

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 758-759.

³⁶ CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la Constitución», cit., p. 759.

empero, evidente. El art. 31 *bis*, en efecto, toma como referencia las corporaciones, normalmente sociedades de capital, cuyos objetivos mercantilizados, estructura jerarquizada y principios de actuación distan mucho de los propios de los partidos políticos y sindicatos, que, con vocación de intervención en lo público, deberán ser, en estructura y funcionamiento, democráticos (CE, arts. 6 y 7).

El art. 304 *bis*, también fruto de la *LO 1/2015*, afronta, aunque lastrado por insalvables deficiencias, la financiación ilegal de los partidos políticos. La primera de ellas es la descripción de las conductas típicas por remisión, *in totum*, a las infracciones administrativas de la *LO de Financiación de Partidos Políticos*. Por otra parte, la punición se reserva a las donaciones o aportaciones ilegales de carácter privado, de modo que es atípica la financiación ilícita de origen público. También quedan al margen del precepto ciertas modalidades de financiación de gravedad similar, cuando no superior, a la de las incluidas, caso de condonaciones de créditos y operaciones asimiladas, financiación de fundaciones vinculadas a partidos, etc.³⁷.

Entre las incoherencias del art. 304 *bis* se encuentra la exótica previsión de penas de prisión para el partido político (art. 304 *bis* 5)³⁸. Incoherente resulta también el art. 304 *ter*, que castiga la participación en organización dedicada a la financiación ilegal de partidos políticos más severamente que la propia financiación³⁹.

Procede, finalmente, revisar la respuesta penal al ejercicio del derecho de reunión y manifestación. En concreto, el art. 514.3, recoge conductas ya castigadas con pena no menor tanto en los apartados anteriores del propio artículo –con la concurrencia eventual de agravantes genéricas– como en los atentados agravados (art. 551.2). Y los apartados 4 y 5, nacidos para, con mayor o menor acierto, hacer frente a la *kale borroka*, deben ser derogados una vez desaparecida esta de la realidad social, máxime cuando los comportamientos típicos pueden, en su caso, ser constitutivos de otros delitos (coacción frente al ejercicio de un derecho fundamental, desobediencia) que cuentan con respuesta penal suficiente en nuestro ordenamiento.

³⁷ HAVA GARCÍA, E., «Financiación ilegal de partidos políticos», en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, III. I., 2.ª ed., Iustel, 2016, pp. 459-460.

³⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Por un código penal para todos»: *Nueva tribuna.es*, 03.03.2015. En <http://www.nuevatribuna.es/opinion/juan-m-terradillos-basoco/codigo-penal-todos/20150303095747113182.html>.

³⁹ HAVA GARCÍA, E., «Financiación ilegal de partidos políticos», cit., pp. 463-464.

II.3 Igualdad

El Cap. III CDFUE, que responde a la rúbrica de «Igualdad», proclama en su art. 20, que «*Todas las personas son iguales ante la ley*». Y el art. 21 proscribire la discriminación.

Algunos de los criterios en los que basar la discriminación prohibida —«*raza, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones*»—, etc. confluyen en el antisemitismo. No es, pues, de recibo la consideración de los «*motivos antisemitas*» como agravante con *nomen iuris* propio en el art. 22.4.^a CP, ni como uno de los fundamentos del odio expresamente recogidos en el art. 510. En efecto, se trata de motivos ya integrados en otros de contenido más amplio, y su mención expresa comporta subestimación discriminadora de otras alternativas ideológicas que, como el antiislamismo, son silenciadas⁴⁰.

Es necesaria una profunda reforma de los arts. 307 y 307 *ter*: el primero castiga, la defraudación a la Seguridad Social (SS) mediante el impago de cuotas o percepción de deducciones o devoluciones indebidas; delito especial que solo puede cometer el obligado a ingresar las cuotas, esto es, el empresario⁴¹. El segundo castiga a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de una prestación de la SS, que será, normalmente, el trabajador (*Ley General de Seguridad Social*, arts. 7 y 38). Castiga también el 307 *ter* a quien «*facilite a otros su obtención*», con lo que se rompen los límites entre participación y autoría, y se eleva a la categoría de autor al responsable de comportamientos de cooperación que no deberían pasar, en su caso, de la mera complicidad⁴².

La discriminación queda acentuada por la exigencia, en el art. 307, de una condición objetiva de penalidad: el montante de la defraudación ha de superar los cincuenta mil euros⁴³; en el art. 307 *ter* basta con la causación de un perjuicio, incluso irrelevante, a la Administración. Para este caso, el principio de intervención mínima aconseja el recurso al orden sancionador administrativo: la *Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (art. 26) ya

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M. «Conflictos ideológicos y Derecho penal», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R./GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coord.), *Transiciones de la política penal ante la violencia y respuestas específicas para Iberoamérica*, Editorial Jurídica Continental, 2019, p. 107.

⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 622. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 808.

⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 693.

⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 718.

castiga estas infracciones con multa, reintegro de lo ilegalmente percibido y pérdida del derecho.

En ambos preceptos, la regularización –por decisión *ultra vires* del legislador– destipifica (por un acto posterior) el fraude ya consumado (*infra*, III.1). El art. 307 exige el completo reconocimiento y pago de la deuda; el 307 *ter*, el reintegro y, además, «*un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió*». La violación del principio de igualdad es flagrante⁴⁴.

El art. 438 CP, cuya redacción procede de la *LO 1/2015*, debe ser modificado, pues refuerza, aunque sin motivación cognoscible en su *Preámbulo*, la discriminación impuesta por los arts. 307 y 307 *ter*. Castiga, en efecto, a la autoridad o funcionario que, con abuso de su cargo, cometiere «*fraude de prestaciones del Sistema de SS del art. 307 ter*». Las consecuencias punitivas no son baladíes: la pena para el funcionario que facilitare al trabajador el disfrute ilícito de la prestación es la señalada para el autor en el art. 307 *ter* «*pudiéndose llegar hasta la superior en grado*», esto es, a nueve años de prisión. Sin embargo, esta cláusula agravatoria no es aplicable al funcionario que colabora en la defraudación del empresario deudor de cuotas, del art. 307⁴⁵.

Entre las razones de discriminación proscritas por el art. 21.1 CDFUE, está la edad, incluíble en la fórmula «*cualquier otra condición o circunstancias personal*» que cierra el art. 14 CE. El CP, que da tratamiento específico a ciertos supuestos tanto de minoridad como de ancianidad, no incluye la edad entre los motivos de discriminación de los artículos dirigidos específicamente a la tutela de la igualdad (22.4.^a, 314 y 510 a 512). Debería hacerlo.

La CDFUE garantiza «*la igualdad entre hombres y mujeres...*» (art. 23). Aunque sexo –dato biológico– y género –constructo ideológico– han sido históricamente utilizados como alibí de respuestas penales potenciadoras de relaciones de dominio, el CP vigente cambia el paradigma: cometer el delito por razón de sexo o género es circunstancia agravante genérica (art. 22.4.^a); el móvil sexista integra el tipo subjetivo en una buena serie de casos (arts. 314, 510, 511, 512, 607 *bis*, etc.), y la condición femenina de la víctima tiene efectos agravatorios en otros (arts. 148.4.º, 171.4, 172.2, 153.1) en cuya redacción ha pesado la consideración de la vulnerabilidad objetiva de la mujer frente al varón, como consecuencia de un precipitado de causas que se sintetizan en el

⁴⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 669 y 740.

⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 692.

machismo y el patriarcado⁴⁶. Pero las fórmulas tipificadoras empleadas no quedan al abrigo de controversia.

Lo ha puesto de relieve la sentencia 677/2018, del Pleno de la Sala de lo Penal del TS⁴⁷, que entiende debe apreciarse violencia de género (art. 153.1) en toda agresión de varón a mujer, siempre que entre ellos medie la relación personal exigida por el tipo (FJ 3.º, 2, a). Esta interpretación colisiona con lo conceptualización que propone la *LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Esta es, en el art. 1.1., «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»; es la violencia dirigida contra las mujeres «por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Integrar este concepto en la interpretación del precepto penal, como resulta obligado, implica entender que el hecho delictivo, en lo objetivo, ha de constituir manifestación de desigualdad y relaciones de poder, y, en lo subjetivo, el autor ha de conocer «que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada». Si el dolo del autor no incluye conciencia y aceptación de este elemento objetivo del tipo⁴⁸; si la violencia no es, en el caso, «manifestación» aceptada de la situación descrita en la *LO 1/2004*, no puede ser etiquetada y condenada como «violencia de género»⁴⁹.

De ahí que doctrina relevante, reivindique «una interpretación reductiva del artículo 153.1 CP» y, de lege ferenda para evitar dudas de constitucionalidad⁵⁰, una reforma legal que incorpore al tipo la vinculación de los hechos con el contexto objetivo de «dominación, humillación y discriminación», contexto que no se deduce, *sic et simpliciter*, del sexo y relación que media entre víctima y autor, y que ha de estar interiorizado por este.

El art. 23 CDFUE, enfatiza que la no discriminación por sexo es exigible «en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución». Y el CP castiga la discriminación laboral, aunque lo hace en un precepto, el

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., «El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género», en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 61-62.

⁴⁷ STS, sala 2.ª, 677/2018, de 20.12.2018 (Ecli: ES: TS:2018:4353).

⁴⁸ CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 169.

⁴⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M. «Conflictos ideológicos y Derecho penal», cit., pp. 103-105.

⁵⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Igualdad y delitos de género (y III): La sentencia del Tribunal Supremo 677/2018»: *Almacén de Derecho*, 12.03.2019. En <https://almacendederecho.org/igualdad-y-delitos-de-genero-y-iii-la-sentencia-del-tribunal-supremo-6772018>.

art. 314, tan inaplicable como inaplicado⁵¹. En efecto, su redacción hipoteca las posibilidades de aplicación judicial; y, si llegara a producirse, la parvedad de la pena prevista, en muchos casos más liviana que la paralela sanción administrativa, garantiza la ineficacia preventiva.

Aunque algún autor ha preconizado la derogación del precepto basándose en la, discutible, escasa gravedad del delito⁵², lo coherente es tipificar para lograr una tutela razonable del bien jurídico igualdad en el trabajo, incluyendo la edad entre los motivos de discriminación, suprimiendo la necesidad de previa sanción o requerimiento, eliminando la posibilidad de elusión de la responsabilidad penal mediante reparación de los daños económicos, e introduciendo la prisión, como alternativa a la multa, para adecuar la gravedad de la pena a la del delito.

El art. 89.1 del CP prevé la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas al extranjero por su expulsión del territorio español. Lo que discrimina al extranjero, al que, por el mero hecho de serlo, se le cierra la posibilidad, abierta a los nacionales, de suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad inferior a dos años. Comporta también violación del principio *non bis in idem*, consagrado por el art. 50 de la CDFUE, pues el quebrantamiento de la expulsión, ya cumplida en parte, conlleva la ejecución en su integridad de la prisión inicialmente sustituida.

La expulsión del extranjero condenado a prisión superior a cinco años que hubiere cumplido la pena en los términos requeridos para acceder a la libertad condicional (art. 89.2), conculca los mismos principios, y además dilapida los resultados reinsertadores necesariamente obtenidos⁵³.

II.4 Ciudadanía

El Cap. V CDFUE está dedicado a los derechos de ciudadanía. En concreto, el art. 41.1 proclama el derecho a una buena administración, que actúe

⁵¹ HORTAL IBARRA, J. C., «Delito contra la discriminación laboral», en CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (dir.), *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 531. POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 143. Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cataluña, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/cataluna.pdf.

⁵² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)»: *Almacén Laboral*, 10.06.2020. En <https://almacenederecho.org/delitos-laborales-lo-que-sobra-y-lo-que-falta-y-ii>.

⁵³ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, cit., p. 160.

«imparcial y equitativamente». Con más detalle, la CE declara: «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*» (art. 103.1).

La tutela de las garantías constitucionales por parte de autoridades y funcionarios constituye un contenido no trivial del derecho ciudadano a una buena administración. Sin embargo, las penas previstas para ellos por delitos contra estas garantías (Tít. XXI, Cap. V) «*son benignas en comparación con las que se pueden imponer a los particulares por delitos similares*»⁵⁴. En consecuencia, deben ajustarse las penas a la gravedad de los delitos, sin que, en contra, se pueda argüir que, en estos casos, no se castiga la lesión de derechos de los particulares, sino el menoscabo de sus garantías mediante comportamientos que, aun realizados con exceso o abuso, entran en el ámbito competencial del funcionario⁵⁵. El argumento es, en efecto, cuestionable, puesto que, aunque pudiera coincidir con la voluntad de legislador, la CE no le permite minusvalorar ni las obligaciones inherentes a las competencias conferidas a los funcionarios, ni la relevancia de los derechos lesionados.

El art. 298.1 castiga, como receptor, al que reciba, adquiera u oculte los efectos de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Parecería más respetuoso con el derecho ciudadano a una buena Administración extender el tipo de receptación a los delitos de corrupción pública cuando medie precio, recompensa, dádiva, soborno, retribución o regalo.

La criminalización de los delitos de atentado responde a la necesidad de que los funcionarios no vean obstaculizado el ejercicio de sus competencias por medios ilícitos. Pero el art. 554.3.b) extiende la condición de víctima «*al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*». Si, como consecuencia de la cooperación jerarquizada, este personal participa en el ejercicio de funciones públicas, ya está equiparado a los funcionarios por el art. 24.2. Si no participa, equipararlo al funcionario público es tanto como desconocer la diferencia entre las funciones «*de quienes están llamados a actuar en defensa de toda la sociedad [y] las de quienes son pagados por intereses privados. La deriva privatizadora que sub-*

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 763.

⁵⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 155.

yace a esta equiparación... [es] incompatible con la naturaleza y funciones del derecho penal democrático»⁵⁶.

II.5 Justicia

El art. 47 CDFUE consagra el derecho de toda persona a la «*tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*».

La tutela judicial resulta mejor garantizada cuando el Ministerio Fiscal, obligado por el principio de legalidad, puede acusar *motu proprio*, que cuando se condiciona el proceso a la iniciativa del perjudicado. Sobre todo si, como en los delitos societarios (art. 296), este resulta difícilmente determinable, dado que no exigen perjuicio constatable a bienes jurídicos de titularidad individual⁵⁷. Aunque interponer una condición objetiva de procedibilidad pudiera responder al loable propósito de sustituir el proceso penal por alternativas resarcitorias, provoca una no deseable privatización del procedimiento⁵⁸.

Dentro de los derechos de Justicia, el art. 48 CDFUE proclama que «*todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*» y «*garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*». Lo que debería llevar a la reforma sustancial de los preceptos que incorporan elementos de sospecha o presunción. Es el caso, entre otros, del art. 187.1, pár. segundo y del concepto de pornografía infantil, del art. 189.1. O de algunas modalidades de decomiso –ampliado, sin sentencia condenatoria, sobre bienes de terceros, etc., de los arts. 127 y siguientes– que liberan a la acusación de la carga de la prueba del delito previo, prescinden del principio de culpabilidad y facultan la averiguación inquisitorial del patrimonio de quien es solo sospechoso y de todos los relacionados con él, lo que resulta cuestionable penal y procesalmente⁵⁹.

El principio de proporcionalidad entre delito y reacción penal, consagrado en el art. 49 CDFUE, debería llevar al reexamen crítico de los preceptos que, en el CP, criminalizan los delitos de bagatela. Por ejemplo, los arts. 234 y 263, que, reformados por la *LO 1/2015*, consideran delito los hurtos o daños

⁵⁶ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una nueva política criminal en materia de espacio y orden público*, cit., pp. 30-31.

⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La responsabilidad penal de los administradores», en PULIDO BEGINES, J. L. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, 2019, p. 365.

⁵⁸ FARALDO CABANA, P, *Los delitos societarios*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 88.

⁵⁹ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El decomiso ¿de los bienes del delito?»: *Almacén de Derecho*, 18.11.2016. En <https://almacendederecho.org/decomiso-los-bienes-del-delito/>.

de cuantía inferior a 400 €, y los castigan, en caso de agravación específica (arts. 235 y 263.2) con penas de prisión. La agravación no debería determinar el salto cualitativo de la multa a la prisión, como no lo determina en otros delitos de lesividad similar (arts. 252, 253, 256.2).

El *top manta* de los arts. 270 y 274 –que tampoco requieren un perjuicio o beneficio mínimo– se castiga con prisión y multa. O excepcional y potestativamente, con multa o trabajos en beneficio de la comunidad, si no concurren agravantes específicas (arts. 271 y 276). Pero, en la práctica, concurrirá la agravante de organización, siquiera sea embrionaria⁶⁰, lo que veta el recurso a la excepción. Y, aun cuando se apreciare, el impago de la multa por el mantero indigente determinará, como responsabilidad personal subsidiaria, la privación de libertad⁶¹.

Tampoco es proporcionado criminalizar al administrador social que impidiera a un socio el ejercicio de derechos de información, participación, control o suscripción preferente de acciones (art. 293), que es tanto como castigar conductas susceptibles de neutralización o reparación por medios mercantiles, como la acción social de responsabilidad o la impugnación de acuerdos ilegales (arts. 204 y 238 de la *Ley de Sociedades de Capital*)⁶².

Es aconsejable la corrección de las fórmulas tipificadoras y sancionadoras de los delitos de terrorismo, para conciliarlas con los principios limitadores del *ius puniendi* que identifican a la política criminal democrática. Así, han de revisarse tanto la difundida identificación de autoría y participación o de consumación y tentativa o, incluso, actos preparatorios, como el recurso abusivo de la *LO 2/2015* a tipos redundantes o que pivotan sobre lo subjetivo, en coherencia con el objetivo de asegurar que no quede sin respuesta penal cualquier conducta que, de cualquier modo, esté relacionada con el terrorismo⁶³.

La prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes, del art. 4 CDFUE, obliga a cuestionar la admisibilidad de la prisión permanente revisable, introducida en el CP (art. 33.2) por la *LO 1/2015*, que, más allá del propósito declarado de cohonestar las exigencias de prevención especial

⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, C., *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 212-213.

⁶¹ GÓMEZ MARTÍN, V., «Delitos contra la propiedad industrial e intelectual», en CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (dir.), *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 385. pp. 373-407.

⁶² FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., pp. 261-263. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos societarios», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 513-514. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La responsabilidad penal de los administradores», cit., p. 373.

⁶³ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, cit. p. 227.

con el principio de culpabilidad, tiene como resultado real el de reducir la cárcel a mera retención. Se trata, en efecto, de una pena que, junto a la de prisión por el «*tiempo máximo previsto en este código*» –eufemismo introducido por el Grupo Parlamentario Socialista para apoyar la *LO 2/2015*– ha sido objeto de todo tipo de críticas, tanto por que funciona como una inhumana cadena perpetua, como por la endeblez de su andamiaje teórico, asentado en la peligrosidad del sujeto deducida, con fórceps, no de sus características personales sino de la gravedad de sus delitos⁶⁴.

III. DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Los derechos reconocidos bajo la etiqueta de «solidaridad» en el Cap. IV de la CDFUE se corresponden, en buena medida con los habitualmente considerados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se trata de derechos que son construcción histórica dialéctica, por lo que su tutela requiere una comprometida intervención pública proactiva, que neutralice la ley del más fuerte y dirija la dinámica social hacia objetivos democráticos⁶⁵. Esa intervención revestirá frecuentemente la forma de criminalización de los ataques a esos derechos.

III.1 Presupuesto condicionante: Hacienda Pública y Seguridad Social

La protección penal de los DESC no queda garantizada por la inclusión en los códigos punitivos de preceptos criminalizadores; requiere, además, implementar medios que hagan asequible su ejercicio a todos los ciudadanos. Lo que solo es posible si previamente se garantizan los ingresos públicos requeridos por la Hacienda Pública (HP) (CE, art. 31) o por la SS (CE, art. 41) para allegar esos medios.

De ahí la ineludible revisión de los preceptos penales que, en pretendida búsqueda de objetivos puramente recaudatorios, renuncian a los objetivos pre-

⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario», en ARROYO ZAPATERO, L./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M. (edit.), *Contra la cadena perpetua*, UCLM, 2016, pp. 163-170. CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas (III): asesinato», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 73.

⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Política criminal de tutela de derechos económicos, sociales y culturales: agua en cesto», en AA. VV., *Libro Homenaje al Dr. Luzón Peña en su 70.º aniversario*, Reus, 2020, p. 516.

ventivos que les son propios, brindando al defraudador posibilidades reales de eludir las penas⁶⁶. Urge, al menos, la revisión de dos instituciones que potencian estos efectos en el ámbito de las defraudaciones a la HP y a la SS: la regularización –reconocimiento de los hechos más reintegro de la deuda– y la atenuación específica cualificada.

La regularización (arts. 305.1 y 4, 307.1 y 3), así como el reintegro (arts. 307 *ter.3* y 308.6), presente en estas defraudaciones al sistema público pero paradójicamente ausente en las que afectan a intereses privados, se constituye, porque así lo decidió la *LO 7/2012*, en instrumento de negación de responsabilidad penal por atipicidad, lo que constituye un absurdo insalvable⁶⁷ (*supra*, II.3). El reconocimiento de los hechos y la reparación de perjuicios no debería tener efectos eximentes, y menos destipificadores, sino, tal como ocurre en otros graves delitos (arts. 376, 434, art. 570 *quater.4*, 579 *bis.3*), atenuantes, y nunca cuando concurren las circunstancias de los arts. 305 *bis* y 307 *bis*.

La atenuación específica por colaboración (arts. 305.6, 307.5, 307 *ter.6* y 308.8), introducida, también, por la *LO 7/2012*, y que lleva, en la práctica a la posibilidad de que el delincuente ya imputado evite la pena carcelaria, es otra muestra de suplantación de la función penal preventiva por la función fiscal recaudatoria. Aunque es de temer que la connivencia penal con el defraudador –solo si es económicamente solvente⁶⁸– tenga efectos criminógenos que hagan inviable no solo la prevención, sino también los resultados recaudatorios⁶⁹.

III.2 Trabajo

III.2.a) EMPRESA Y PERSONA JURÍDICA

En el CP, buena parte de los delitos «*contra los derechos de los trabajadores*» del Tít. XV, son especiales, siendo autor el empresario. Y buena parte

⁶⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, cit., pp. 71-72.

⁶⁷ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 301-302.

⁶⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 697. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., p. 555. IGLESIAS RÍO, M. A. «Delitos contra la Hacienda Pública y la SS», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 825.

⁶⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales», en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 77.

de las empresas ostentan, por su conformación societaria, personalidad jurídica. No tiene ningún sentido que el CP desconozca esta realidad, no prevea la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica en estos casos⁷⁰, y opte por aplicar las complejas y poco afortunadas reglas del art. 318⁷¹ para imponer a la empresa medidas/consecuencias accesorias (art. 129) de contenido similar a las penas del art. 33.7.

Tampoco se prevé la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el caso de los delitos societarios, generalmente cometidos por administradores con capacidad para tomar decisiones en nombre de la sociedad mercantil, que es lo exigido por el art. 31 bis del CP.

III.2.b) TRABAJO DECENTE

«*Todo trabajador –impone el art. 31.1 CDFUE– tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad*». Otros artículos del propio Cap. IV detallan contenidos concretos del llamado «trabajo decente».

El art. 311 CP, castiga la imposición de condiciones de trabajo ilegales, paradigma histórico del denominado «delito social». Su ubicación sistemática, entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, ha de mantenerse, ya que estos, y no los vinculados a la libre competencia –como, con discutible argumentario se ha pretendido⁷²– constituyen el bien jurídico a proteger. Procede, sin embargo, suprimir la referencia al pacto individual como fuente de derechos protegidos⁷³. La tutela penal de estos derechos, siempre de contenido superior a los emanados de normas generales, suscita fricciones con los principios de legalidad, igualdad e intervención mínima⁷⁴.

La pena del tipo agravado, daño colateral de la *LO 7/2012* que elevó la prevista para el tipo básico, puede llegar a prisión de hasta nueve años (art. 311.4.º). Ambas deben corregirse a la baja.

⁷⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», cit.

⁷¹ RAMON RIBAS, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 995-997.

⁷² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», cit.

⁷³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (I)»: *Almacén Laboral*, 06.06.2020; <https://almacendederecho.org/delitos-laborales-lo-que-sobra-y-lo-que-falta-i>.

⁷⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., p. 147. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 800.

III.2.c) TRATA DE SERES HUMANOS

El art. 5.3 CDFUE prohíbe la trata de seres humanos, definida en el art. 177 *bis*, 1 CP, que, de acuerdo con las pautas del Derecho internacional, requiere la concurrencia de un elemento subjetivo: la finalidad de explotación ulterior. La primera de las modalidades de explotación es «a) *La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad*». Es dudoso –aunque argumentable *de lege lata*⁷⁵– que las formas más comunes de explotación laboral (del art. 311.1.º, 4.º y 312.2 CP) puedan identificarse con los trabajos forzados, la servidumbre o la esclavitud, tal como vienen definidos por el Derecho internacional, y que, por tanto, sean subsumibles en el art. 177 *bis* a). Borraría las dudas un pronunciamiento expreso del legislador, en el sentido de considerar como delito de trata la dirigida, en concurrencia de los demás elementos típicos, a la imposición de condiciones ilegales de trabajo, además de a la imposición de trabajos forzados, de esclavitud, de servidumbre o de mendicidad.

III.2.d) TRABAJOS FORZADOS, ESCLAVITUD

En coherencia con el art. 15.1 CDFUE –«*Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*»–, el art. 5 prohíbe el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados, lo que viene a ratificar las prohibiciones formuladas, entre otros textos, por el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, los *Convenios OIT sobre el trabajo forzoso*, de 1930 y 1957, y su *Protocolo* de 2014, o la *Convención sobre la Esclavitud* (art. 1.1).

En síntesis, la criminalización del sometimiento a trabajos forzados, a esclavitud o a servidumbre no es una opción para los Estados firmantes, sino una obligación⁷⁶. El CP se abstiene, sin embargo, de hacerlo, de modo que, cuando el TS afronta supuestos de hecho subsumibles en esos conceptos, se ve obligado a condenar por delitos de explotación laboral del art. 312.2.º, último

⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», en DEMETRIO CASTRO, E./NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Derecho penal Económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 238-240.

⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», cit., p. 231.

inciso, o del art. 311⁷⁷, lo que conlleva preterición de los perfiles criminológicos propios de estos gravísimos delitos.

III.2.e) LIBERTAD SINDICAL

El art. 12 CDFUE, ubicado en su Cap. II (Libertades), recoge, como modalidad de la libertad de reunión y de asociación, «*el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*». Y el art. 28 reconoce a los trabajadores y a sus organizaciones el derecho a «*negociar y celebrar convenios colectivos... y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga*».

En el CP, la protección de la libertad sindical y del derecho de huelga está encomendada, principalmente, al art. 315. La *LO 1/2015*, de la que procede la versión actual, ha previsto, para los tres párrafos, una pena alternativa de multa o prisión donde antes existía una pena compleja de multa y prisión, susceptible esta de llegar a una duración máxima de cuatro años y medio. La nueva penalidad, más reducida, ha provocado la valoración positiva de amplios sectores sindicales y doctrinales.

Pero la opción del legislador de 2015 no debe quedar al abrigo de la crítica. En efecto, al castigar, en el art. 315.2, las coacciones que impidan o limiten el ejercicio de la libertad sindical y el derecho de huelga –tanto en su faceta negativa como en la positiva– con las mismas penas que las coacciones genéricas para impedir el ejercicio de un derecho fundamental del art. 172.1, el precepto retóricamente dirigido a la tutela de los derechos de los trabajadores, es perfectamente prescindible, excepto en lo que comporta de agravación a la coacción antisindical leve, del art. 172.3⁷⁸.

Por su parte, el art. 315.3 CP, criminaliza la actuación coactiva de los piquetes de extensión de la huelga. Su derogación, reivindicada en foros doctrinales, sindicales y políticos⁷⁹, tendría el indeseado efecto de elevar la actual

⁷⁷ STS, 2.ª, 17.05.2017, Antecedente de hechos. Primero y segundo (Ecli: ES: TS:2017:1908). STS, 2.ª, 28.09.2017, Antecedentes de hecho. Primero (Ecli: ES: TS:2017:3389).

⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 564.

⁷⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «¡Se acabaron las mayorías parlamentarias! Una crónica política hacia la criminalización del ejercicio del derecho de huelga», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1071-1074. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», cit.,

pena de las coacciones del piquete, que pasarían a estar castigadas por el art. 172.1 párr. segundo: en el caso más que frecuente de pluralidad de coaccionados –contemplado por el art. 315.3 como un solo delito «*contra los derechos de los trabajadores*»– habría que apreciar concurso de delitos contra la libertad individual⁸⁰.

La alternativa no es, pues, una derogación que recorte el alcance del derecho de huelga; como tampoco el mantenimiento de un *statu quo* que ha convivido con la utilización espuria del art. 315.3⁸¹. Se impone, por el contrario, la adecuación, a la baja, de la pena, en consideración a los factores concurrentes: la norma penal debe reservarse para responder a coacciones cuya gravedad supere sustancialmente la coactividad inherente a la tensión del conflicto huelguístico; el comportamiento del trabajador no huelguista, el coaccionado, neutraliza la eficacia de la reivindicación del huelguista; este, cuando coacciona gravemente para defender y expandir la huelga, delinque, pero lo hace como exceso en el ejercicio de un derecho fundamental de autotutela colectiva⁸²; la conminación de penas carcelarias, que dan lugar a prisión provisional, añadidas a la amenaza cierta de despido, comporta la inhabilitación de la ley penal como herramienta de expansión del derecho fundamental –lo que viene exigido por doctrina constitucional penal consolidada– y la convierte en obstáculo a su ejercicio⁸³.

III.2.f) DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

A tenor del art. 37 CDFUE, «*las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*». Obliga, pues a la tutela del medio ambiente como bien jurídico autónomo concebido en térmi-

⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 863.

⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso Airbus»: *Revista de Derecho Social*, 73, 2016, pp. 228-231.

⁸² DOLZ LAGO, M. J., «Crisis económica y criminalización de los piquetes de huelga: claves para juristas»: *La Ley*, 23.10.2014, pp. 7-8. http://www.upfiscales.com/wp-content/uploads/2014/10/Dolz-Crisis-econo%C3%ACmica-y-criminalizacio%C3%ACn-de-los-piquetes-de-huelga-Diario-La-Ley-23_10_2014-1.pdf.

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en DE LA MATA BARRANCO, N., y otros, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, 2018, p. 621.

nos estrictamente ecocéntricos, en lo que viene a coincidir con el programa de la *Directiva 2008/99/CE*⁸⁴.

En la fórmula originaria del CP de 1995, la traducción del mandato constitucional de tutela penal del ambiente no incluía, en el tipo básico (art. 325) elementos de afectación a un entorno personal⁸⁵. En coherencia con ese precedente y con el mandato de la CDFUE, los arts. 326 y 326 bis CP, deberían ser reformulados para la mejor protección de los bienes jurídicos medioambientales como autónomos, sin adherencias antropocéntricas.

⁸⁴ MARQUÈS I BANQUÉ, M., «Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1257.

⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 942. Suárez-Mira Rodríguez, C., «El bien jurídico», en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 83-87.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEI PENAL

NUNO BRANDÃO

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. A ligação do direito penal ao mundo dos direitos fundamentais existe desde a génese da figura dos direitos fundamentais. Como nota Vieira de Andrade, «o aspecto primeiro e mais relevante na história dos direitos fundamentais parece ter sido o da protecção contra a detenção e incriminação arbitrárias»¹. A relação entre o direito penal e os direitos fundamentais é, pois, bem antiga. Mas é uma relação que tem conhecido importantes e substanciais mutações ao longo do tempo. Mudanças de paradigma quer do lado do direito penal, quer do lado dos direitos fundamentais têm levado, naturalmente, a mudanças na forma como estes dois mundos dialogam e se conjugam.

Durante muito tempo, como veremos, os direitos fundamentais actuaram sobre o direito penal essencialmente para *limitar a sua vocação punitiva*. A faceta negatória dos direitos fundamentais incidia, e incide, sobre as leis penais no sentido de estabelecer barreiras e restrições à intervenção penal do Estado. Foi nesta vertente que apareceu e se desenvolveu a *teoria do bem jurídico*. Uma teoria, portanto, com um sentido eminentemente negativo, de limitação do poder punitivo estadual.

Há cerca de meio século, na década de 1970, a teoria dos direitos fundamentais deixou de ser vista apenas sob a perspectiva da defesa do cidadão face ao Estado e passou a incorporar uma *outra função*, a cumprir pelo Estado: a

¹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 52, nota 4.

função de protecção de bens jusfundamentais, assente na vertente objectiva dos direitos fundamentais. Identificou-se um dever de protecção de bens fundamentais que obriga o Estado a interpor-se nas relações entre as pessoas, para protecção de umas em relação a outras.

Esta nova compreensão sobre a função dos direitos fundamentais foi avançada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no primeiro caso do aborto², decidido em 1975. Foi assim a propósito de uma questão penal que se deu este *tournant* na teoria dos direitos fundamentais. O *topos* do dever estadual de protecção de direitos fundamentais rapidamente alastrou a outras áreas do direito, sendo com base nele que se passaram a justificar e legitimar as intervenções normativas realizadas nos mais variados domínios. A ciência penal, porém, encarou esta novidade da ciência constitucional como se ela se reflectisse praticamente apenas na questão de saber se existem ou não obrigações constitucionais implícitas absolutas de criminalização.

Estou em crer que essa função dos direitos fundamentais se reflecte de forma mais profunda sobre o direito penal. Nomeadamente, logo no plano da fundamentação e legitimação da intervenção penal. Se a função de defesa que é exercida pelos direitos fundamentais se manifesta pela negativa, limitando o poder punitivo estadual, esta função de protecção de bens fundamentais manifesta-se de forma positiva, fundamentando o exercício desse poder.

Nesta minha intervenção procurarei pôr em destaque dois planos em que se faz sentir a influência dos direitos fundamentais para além do plano da teoria do bem jurídico: *i*) um desses planos é o do dever estadual de protecção de bens fundamentais, no âmbito do qual procurarei mostrar o seu contributo para a fundamentação das leis penais; *ii*) um outro plano é o das limitações que dos direitos fundamentais derivam para a selecção dos factos aos quais pode ser atribuída relevância penal, naquilo que se vem designando por proibições constitucionais de criminalização.

Começarei por uma breve menção à função negatória dos direitos fundamentais e à sua ligação à teoria do bem jurídico, em especial na experiência portuguesa, e depois passarei a uma análise mais de espaço àqueles dois planos:

2. Na sua formulação clássica, de índole liberal, os direitos fundamentais exprimem um significado de *defesa do cidadão perante o Estado*. Sob esta perspectiva, desempenham uma função de protecção das pessoas face a possíveis investidas estaduais que representem uma ameaça para os valores funda-

² BVerfGE 39, 1.

mentais que lhes correspondam. Dada a sua gênese liberal, trata-se de uma função especialmente conotada com os direitos fundamentais de primeira geração, abrangendo direitos ditos fundamentalíssimos como a vida, a integridade pessoal, a liberdade física e de consciência, bem como outros interesses individuais de natureza pessoal e patrimonial como a honra, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência ou a propriedade, *etc.*, comumente agregados sob a designação de *direitos de liberdade*.

Esta função de defesa postula uma *relação bilateral entre o Estado e o cidadão*, na qual os direitos fundamentais são opostos ao Estado como barreiras para deter os ataques que este pretenda desferir sobre o particular. Sob este prisma, os direitos fundamentais são concebidos como autênticos direitos subjectivos detidos pelo cidadão na sua relação com o Estado e que ele pode opor ao Estado. São aqui, em suma, *direitos de defesa* (na terminologia alemã, *Abwehrrechte*), nomeadamente, de defesa contra o Estado.

Contraponto destes direitos de defesa dos cidadãos é, por sua vez, o *dever que sobre o Estado recai de se abster de os ofender*. Via de regra, o Estado encontra-se proibido de ameaçar, atacar, agredir, lesar, *etc.* direitos fundamentais das pessoas. Quando, porém, deva intrometer-se na esfera dos direitos fundamentais, continua o Estado obrigado a conformar a sua ingerência pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo e a deixar intacto o seu núcleo essencial. Uma vez que, num Estado de direito material, é pelo direito penal que um cidadão pode sofrer a mais pesada compressão dos seus direitos de liberdade às mãos do Estado, é evidentemente nesta face dos direitos fundamentais como direitos de defesa dos cidadãos que entronca toda a discussão jurídico-penal orientada pelo propósito de limitação do poder punitivo penal do Estado, incluindo, logo à cabeça, o paradigma do bem jurídico que nela avulta. Um paradigma que, como aponta Hassemer, se inscreve pois na «clássica função dos direitos fundamentais como direitos de defesa»³.

3. Foi precisamente em torno da ideia de bem jurídico que na experiência portuguesa frutificou a ligação entre o direito penal e os direitos fundamentais. Lançada por Figueiredo Dias, na linha de Franco Bricola, e seguida pela generalidade da doutrina e da jurisprudência portuguesas, a teoria portuguesa do bem jurídico assenta sobretudo na norma prevista no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição portuguesa, relativa às restrições aos direitos, liberdades e garan-

³ WINFRIED HASSEMER, «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?», in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p., p. 59.

tias fundamentais, que tem a seguinte redacção: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

A lei penal é, por definição, uma lei restritiva de direitos fundamentais. Consequentemente, em face desta disposição constitucional, a incriminação de um certo comportamento só será constitucionalmente legítima se for direccionada à protecção de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Esses interesses são os bens jurídicos.

Segue-se então que a lei penal só será materialmente legítima quando esteja dirigida à protecção de bens jurídicos. Nesse sentido, o art. 40.º/1 do CP português determina que as penas visam a protecção de bens jurídicos. Mas segue-se mais: dado que, segundo o art. 18.º/2 da Constituição, só são legítimas as restrições que aspirem à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, há-de existir uma relação de analogia material ou de referência mútua entre a ordens dos bens jurídicos penais e a ordem dos bens jurídicos com um referente constitucional.

Estas são as linhas gerais do pensamento do direito penal do bem jurídico proposto por Figueiredo Dias, por ele sintetizadas no chamado *princípio jurídico-constitucional do bem jurídico*⁴. Um princípio que o Tribunal Constitucional português vem também afirmando e a que tem recorrido para fiscalizar a constitucionalidade de normas incriminadoras. Esta construção tem sido acompanhada por uma espécie de singularização do direito penal, com vista a diferenciá-lo do direito das contra-ordenações, um ramo de direito sancionatório similar ao direito administrativo sancionador.

A teoria do bem jurídico fica, no entanto, aquém do necessário para explicar uma parte do papel limitador da criminalização exercido pelos direitos fundamentais. Além disso, é insuficiente para, por si só, sustentar o esforço de legitimação material das normas penais incriminadoras. E assim, do mesmo passo, para orientar o legislador nas decisões sobre a criminalização de uma conduta e para servir de parâmetro de controlo da constitucionalidade dos crimes.

É sobre isso que de seguida me pronunciarei, começando pelas proibições constitucionais de criminalização.

⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, 2016, p. 250 e ss.

4. A lei penal representa uma ameaça de limitação dos direitos fundamentais restringidos com a aplicação das sanções criminais, em especial da liberdade física e da propriedade. Mas não é só por essa via que restringe direitos fundamentais. Logo a *própria tipificação* de uma certa conduta como crime poderá representar uma limitação de direitos fundamentais, nomeadamente, dos que deixam de poder ser exercidos em virtude dessa proibição criminal.

Na medida em que uma norma de conduta de natureza penal possa conter com um direito fundamental, não poderá esse direito fundamental deixar de ser tido em conta como limite à criminalização de tal comportamento. É nesse sentido que se vem falando em *proibições constitucionais de criminalização*⁵. Num sentido, portanto, em que se estabelece uma barreira à ingerência da lei penal na esfera de um certo direito fundamental.

Em rigor, mais do que uma proibição de criminalização, tratar-se-á aí de uma limitação, só sendo de falar em proibição quando a incriminação implique um sacrifício do conteúdo essencial do direito fundamental.

Se a qualificação de uma certa conduta como crime implicar uma restrição de um direito fundamental que se materializa através da realização de tal comportamento, não poderá o legislador deixar de ter isso em conta, sujeitando essa restrição ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo. E só poderá avançar para a criminalização se não for barrado pelo teste da proporcionalidade.

Em todo o caso, haverá um ponto, de difícil determinação, a partir do qual não será admitido uma ingerência através da criminalização: aquele em que a proibição penal de um dado comportamento tenha um significado de compressão do conteúdo essencial do direito fundamental. Aqui, com este sentido, existirá então uma proibição constitucional de criminalização *determinada pelo direito fundamental*. Uma proibição que, no caso do direito português, pode ser ancorada no art. 18.º/3 da Constituição portuguesa, segundo o qual as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

O núcleo essencial do direito fundamental representa, desta forma, uma barreira intransponível oposta ao legislador penal. Não parece haver aqui, de todo o modo, nenhuma especificidade que singularize a lei penal nesta matéria. Esta proibição de ingerência vale tanto para a lei penal, como para as demais leis de carácter sancionatório. Uma vez que o que está em causa é a afectação do núcleo essencial do direito fundamental, em princípio, pouco im-

⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 64 e s.

porta se a sua tipificação como infracção assume uma natureza penal ou outra natureza sancionatória. Com o que se percebe, também aqui, que o que verdadeiramente singulariza e autonomiza a intervenção penal em relação a outras leis de cariz sancionatório não é a natureza do comportamento proibido penalmente, mas antes as específicas sanções que nele se prevêem.

5. Concebidos os direitos fundamentais (apenas) como direitos de defesa em face do Estado, não será por via deles que poderão legitimar-se, pela positiva, as intervenções estaduais de facto direccionadas para a tutela de valores fundamentais.

Essa *legitimação positiva* deverá buscar-se antes na *dimensão objectiva* que os direitos fundamentais igualmente encerram, mais precisamente na função que lhes é inerente, de protecção de bens fundamentais que ao Estado é cometida⁶. Esta função, desvelada pela jurisprudência constitucional federal alemã, tem um destinatário preciso: o Estado. E consubstancia-se numa obrigação posta sobre o Estado de tomar as medidas necessárias para proteger adequada e eficientemente bens jurídicos de valia constitucional fundamental em relação a ameaças que possam ter a sua génese em comportamentos dos particulares em geral. Daí que se diga que, sob este ponto de vista, o Estado se transfigura num amigo dos direitos fundamentais, em contraste com a sua tradicional caracterização como Estado inimigo dos direitos fundamentais.

De entre os poderes do Estado, é do legislador que, atenta a sua legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, se espera o essencial da definição do *quando* e sobretudo do *como* da prossecução da acção estadual de tutela de direitos fundamentais.

Neste quadro do dever estadual de protecção, agindo o Estado, via de regra, para proteger um indivíduo perante outro, desenha-se tendencialmente uma relação tripolar, de forma triangular. Aqui aparecem-nos, pelo menos, três sujeitos: o Estado e dois sujeitos privados, em confronto entre si.

Ao interpor-se nesta relação privada e regulando os termos em que pode ela ser licitamente desenvolvida –v. g., impondo deveres, conferindo direitos, eventualmente cominando sanções, *etc.*–, o Estado é animado pelo propósito de prevenir a afectação da integridade do bem ameaçado. Actua como guardião de quem é titular do bem fundamental perante quem surge nas vestes de agressor, cumprindo, em suma, o seu *dever de protecção* de direitos fundamentais. Acontece que esse papel protector assumido pelo Estado representa

⁶ De forma desenvolvida, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 565 e ss.

normalmente uma tomada de posição numa situação de conflito entre particulares. Mais, regra geral, tal tomada de posição tem para o (potencial) agressor o significado de uma intromissão estadual na sua própria esfera de direitos fundamentais, desde logo, pelo menos, no plano da sua liberdade geral de acção e no extremo eventualmente até do da sua liberdade física. Trata-se, por conseguinte, de «uma protecção através de ingerência»⁷, pelo que, quando voltado para este último indivíduo, a feição que o Estado lhe mostra não é a do «amigo protector», mas a do «inimigo agressor». Razão pela qual, para essa pessoa, os direitos fundamentais funcionam aqui como *direitos de defesa* contra o Estado, convocando o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

A imagem triangular mostra bem a ambivalência dos direitos fundamentais, revelando o rosto de Jano com que o Estado se apresenta neste confronto. Mas revela ainda aquilo que neste contexto pretendo significar, nomeadamente, que é na vertente do dever de protecção que surge o impulso para as medidas estaduais protectoras de direitos fundamentais, incluindo as penais. É nela, portanto, que radica o fundamento que, positivamente, permite cobrir de legitimidade material a intervenção estadual.

Assim, paradigmaticamente, quando o legislador tipifica como crime o homicídio, o aborto ou a ofensa à integridade física actua animado e legitimado pelo cumprimento da sua eminente obrigação de tutela de bens jurídicos como a vida humana de pessoa já nascida, a vida humana intra-uterina e a integridade física. Daí que se possa afirmar, com Isensee, que a «a ameaça legal penal constitui um meio pelo qual o Estado dá cumprimento ao seu dever de protecção»⁸.

É certo que isso não é suficiente para, sem mais, afirmar a legitimidade da acção protectora do Estado, tudo dependendo ainda da conformidade constitucional da intromissão restritiva, *maxime* da observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Dito na gramática penal, caso se trate de realidade normativa com relevo criminal, tudo dependendo ainda da dignidade penal do facto e da sua necessidade de pena. Mas estas categorias são um *posterius* de legitimação pela negativa; e não um *prius* de legitimação positiva, sendo, como tal, insusceptíveis de, em primeira linha, orientar o rumo da intervenção penal. Por outras palavras, colhidas da jurisprudência constitucional

⁷ PETER UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 80.

⁸ JOSEF ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», in: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., IX, § 191, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, n.º m. 152.

portuguesa, são o ponto de chegada e não o ponto de partida da decisão legislativa sobre a criminalização e da sua legitimação⁹.

5.1 Neste contexto, o *conceito de bem jurídico* adquire uma importância capital. Um dever estadual de protecção desligado da ideia de bem jurídico apresentar-se-ia inevitavelmente vazio de sentido e de conteúdo por lhe faltar o referente essencial para a definição do rumo da acção protectora estadual.

5.2 O programa de tutela que o Estado está obrigado a definir para conter as ameaças a que os bens jusfundamentais se encontram expostos deve garantir a esses bens jurídicos uma *protecção adequada e eficaz*. Sob o prisma constitucional, antes que de uma obrigação de meios, do que se trata é de uma *obrigação de resultado*, já que «a Constituição apresenta a protecção como finalidade, mas não especifica os termos da sua concreta materialização»¹⁰, sendo então «tarefa do legislador a concreta determinação do modo e da extensão da protecção»¹¹. Na realidade, derivando da Constituição uma imposição de protecção de determinado bem fundamental, para esse específico efeito é-lhe *relativamente indiferente* em que termos e com que meios é que essa tutela é concretamente assegurada. O que conta, na perspectiva constitucional, é que o seja; ficando, em primeira linha, ao critério do legislador ordinário a mobilização dos meios «adequados, eficazes e suficientes»¹² para tanto. Esta inexistência de uma obrigação de meios projecta-se, por sua vez, no campo penal, no sentido da *inexistência de obrigações constitucionais absolutas de criminalização*.

5.3 Os pólos essenciais da efectividade de tutela a que o Estado deve almejar na satisfação do seu dever de protecção jusfundamental são a *adequação* e a *eficácia* do programa de protecção.

Só será cogitável como meio de tutela aquele que possa fundada e razoavelmente supor-se constituir um *meio idóneo* para garantir a integridade do bem jurídico perante determinado tipo de ofensas que lhe possam ser dirigidas e em relação às quais o legislador entenda ser necessário fazer face. Um instrumento abertamente inapto de tutela, porque, por exemplo, como correntemente se alerta, não só não previne, como até incrementa o risco para o bem jurídico, não deve ser escolhido pelo Estado, logo porque não permitirá satisfazer *adequadamente* o dever de protecção que sobre este impende. Exigência

⁹ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010, *AcsTC 77.º*, p. 171.

¹⁰ *BVerfGE* 88, 203, p. 254.

¹¹ *BVerfGE* 88, 203, p. 254, e nos mesmos termos os Acs. do TC português n.ºs 75/2010 (*AcsTC 77.º*, p. 167) e 101/2009 (*AcsTC 74.º*, p. 114).

¹² ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», n.º m. 219.

que vale obviamente também para o direito penal, dado que «a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficiência própria, até porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal»¹³.

O único limite que neste domínio da legitimação positiva da intervenção estadual pode ser constitucionalmente oposto ao legislador é o *da proibição de um défice de tutela*. Sob o ponto de vista da função do dever estadual de protecção, se é certo que não pode o legislador definir um plano de protecção que fique aquém de um limiar mínimo de tutela constitucionalmente imposto, também é seguro que acima desse nível terá campo livre para decidir. Não de forma arbitrária ou caprichosa, como é óbvio, mas em função das necessidades de tutela com que se depare e de acordo com os enunciados critérios de adequação e de eficácia, de modo a garantir uma tanto quanto possível tutela efectiva.

Neste plano positivo da legitimação material, na escolha que porventura poderá ter de realizar entre meios penais e outros meios (v. g., contra-ordenacionais) o legislador estará, deste modo, apenas limitado pelo *princípio da proibição da insuficiência*. Da Constituição não decorre, assim, nenhuma obrigação absoluta de criminalização. O que ela impõe é o cumprimento de um objectivo: o da *garantia de uma tutela efectiva*. Se para se alcançar esse desiderato nenhum outro meio existir para além do penal que proporcione uma protecção adequada e eficaz, então aí, mas só aí também, será de entender que, sob a perspectiva da Constituição, não pode o legislador deixar de apelar ao direito penal para dar satisfação ao seu dever de tutela¹⁴. Nesta acepção, poderá admitir-se, uma «possível obrigatoriedade»¹⁵ de criminalização. Em todo o caso, uma obrigação constitucional de criminalização que sempre deverá considerar-se *relativa* e circunscrita, fundada num *pensamento funcional*, de eficácia ou de efectividade de tutela, não estando dependente de uma qualquer apriorística compreensão sobre uma eventual natureza intrínseca dos meios de protecção em jogo (v. g., que só o direito penal tem legitimidade para intervir sancionatoriamente no domínio dos direitos fundamentais ou de certos direitos fundamentais).

6. Numa palavra final, em jeito conclusivo, será de considerar, enfim, que a lógica que, de uma perspectiva constitucional, deve comandar o dever estadual de protecção e assim também, por inerência, as intervenções esta-

¹³ Ac. do TC n.º 75/2010, *AcsTC 77.º*, p. 171.

¹⁴ *BVerfGE 39*, 1, p. 44 e ss.

¹⁵ MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 56.

duais que nele colhem a sua legitimidade material, como a penal, deve ser, em suma, uma *lógica funcional*, de matriz *teleológico-racional*. Deverá ser então não em função de razões ontológicas ou ligadas a uma suposta natureza das coisas e muito menos ainda do seu significado simbólico ou de «avisador das consciências», mas antes em função da sua capacidade para dar uma resposta *adequada e eficaz* às necessidades de tutela suscitadas por um bem jusfundamental que o legislador se deverá decidir por determinado meio de protecção, penal incluído, a empregar para o efeito. E não se diga que é esta uma visão puramente utilitarista e desprovida de qualquer lastro ético, pois que, movendo-se ela dentro da ordenação axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais, não pretendendo nada mais do que servi-la da melhor maneira possível, beneficia ela da legitimidade ético-constitucional que essa ordem de valores lhe infunde. Uma concepção, destarte, que no próprio plano axiológico pede meças àqueles paradigmas de raiz ontológica que apesar de não raro se arvorearem de uma superioridade que lhes adviria de uma suposta maior fidelidade ao mundo dos valores acabam por deixá-los em pior posição do que aqueles que preconizam uma acção estadual (sancionatória) orientada por um princípio rector teleológico-funcional.

¿LIBERTAD ECONÓMICA O INSOLVENCIA PUNIBLE? EL RIESGO (NO) PERMITIDO DEL DEUDOR COMO PROBLEMA *SINE DIE*

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ
Universidad de Alicante

I. DEL «FRAUDE» COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO AL DEBER JURÍDICO-PENAL DE DILIGENCIA DEL DEUDOR EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA

En los delitos de insolvencia punible *en sentido amplio*¹, incluyendo, pues, también a los delitos de alzamiento de bienes, colisionan, de una parte, la facultad del acreedor de satisfacer su crédito mediante el patrimonio del deudor y, de otra, la libertad de disposición económica de este último. En el proceso de búsqueda del punto de equilibrio entre ambas facultades, la adecuada fijación de unos espacios de riesgo permitido resulta imprescindible para que los márgenes de lo punible no se dilaten en exceso. Esta tarea se dificulta sobremanera en estas figuras delictivas por la *especial relación* que el autor posee con el patrimonio que reviste el objeto material del delito. El deudor actúa *desde dentro*, ya que gestiona, e incluso fiscaliza, la puesta en peligro o

¹ Bajo la expresión delitos de insolvencia *en sentido amplio* agrupo tanto a los delitos de alzamiento de bienes (arts. 257.1. 1.º y 257.1. 2.º CP) como a los delitos de causación y agravación de la insolvencia (arts. 259. 1 y 2 CP). Estas dos últimas figuras delictivas, al ubicarse en el Capítulo VII bis «De las insolvencias punibles», considero que constituyen delitos de insolvencia *en sentido estricto*.

la lesión del derecho a la satisfacción de los créditos de los acreedores a través de la garantía patrimonial universal².

A esta facilidad para agredir el bien jurídico-penal, se adiciona la necesidad de despejar un interrogante perentorio, que no es otro que hasta dónde alcanza la libertad de disposición económica sobre el propio patrimonio y en qué momento este régimen de libre actuación cede o se somete a restricciones. En el Derecho penal de la insolvencia, el límite ha pivotado tradicionalmente sobre la intención defraudatoria o colusoria de la conducta del deudor. La intención de perjudicar a los acreedores, como elemento subjetivo del injusto, se ha venido enfatizando hasta tal punto que fue calificada como «el nervio» de los delitos de alzamiento de bienes³. Esta caracterización es la que permitía, según un sector doctrinal, sortear la denostada figura de la prisión por deudas⁴.

La interpretación en clave *subjetivista* del delito de alzamiento de bienes se trasladó, en similares términos, al antiguo delito concursal que castigaba al deudor declarado en concurso que «dolosamente» causara o agravara su situación de insolvencia. La jurisprudencia llamaba la atención sobre la inusual referencia a que la conducta se llevara a cabo «dolosamente», de tal manera que se aducía que esa alusión debía interpretarse como la exigencia de un dolo directo entendido como «el propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores, porque lo buscado es en exclusiva el propio beneficio de quien gestiona»⁵. Así pues, se subrayaba que no se castigaba que el deudor efectuara «alguna operación de riesgo capaz de poner en peligro el adecuado cumplimiento de obligaciones previamente contraídas» (STS 741/2014, de 12 de noviembre). El Tribunal Supremo, aunque sin un posterior desarrollo profundo, consideraba que una gestión arriesgada fruto de una administración inadecuada al fin economi-

² Esta singularidad también se predica del delito de administración desleal (art. 252 CP) en el que, muy gráficamente, NIETO MARTÍN califica al autor como «un enemigo interno, actúa desde dentro, como un caballo de Troya», en «Administración desleal y apropiación indebida», en DE LA MATA BARRANCO, N. J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 250. En este sentido, PASTOR MUÑOZ, N. / COCA VILA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del art. 252 del Código penal*, Atelier, 2016, p. 107.

³ En estos términos, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Acerca de las insolvencias punibles», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Dogmática y Derecho penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo II, 2004, p. 1154.

⁴ Representativamente, véase QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, p. 62.

⁵ CAMPANER MUÑOZ precisaba que los supuestos de mala gestión o administración desordenada eran impunes porque el adverbio «dolosamente» significaba fraude, en «El Derecho penal de las insolvencias. Cuestiones dogmáticas y procesales a la luz de los bienes jurídicos protegidos», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, 2014, p. 285.

co no integraba un delito de insolvencia punible, salvo que la producción de la insolvencia procediera de «negocios cuya reprobación jurídica estuviera claramente establecida» (STS 452/2002, de 15 de marzo). En este sentido, se ahondaba en que la conducta típica castigaba el incremento de deudas *injustificadamente desde el punto de vista de la conducción comercial cuidadosa de los negocios* (STS 1105/2006, de 20 de noviembre).

Sin embargo, la reforma que padeció el delito concursal en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, convierte a la regulación de las insolvencias punibles en una fuente inagotable de dudas interpretativas. Esta reforma, aunque en términos del legislador no supusiera más que una «revisión técnica», reabre antiguas discusiones que parecen no caducar en el seno del Derecho penal de la insolvencia. Entre la amalgama de aspectos controvertidos cabe destacar el cambio de ubicación sistemática de los delitos de alzamiento de bienes, el castigo de la modalidad imprudente o la incorporación de cláusulas de alcance indeterminado, como la relativa a la justificación económica o empresarial. Asimismo, se plantea si la nueva configuración típica del art. 259 CP obliga a prescindir de la interpretación *subjetivista* que confiaba la tipicidad penal exclusivamente al ánimo de enriquecimiento del deudor derivado de su actuación⁶.

En la presente contribución únicamente abordaré dos clases de cuestiones relativas a este último punto. En primer término, trataré de esbozar el problema que late en torno a los difíciles linderos del riesgo permitido en esta materia, en particular, del deudor empresario o del administrador de la persona jurídica deudora, que no es otro que el conflicto que se produce entre socios y acreedores en contextos de insolvencia o de proximidad a la insolvencia. Este primer problema entronca con la concepción de las insolvencias punibles como una suerte de delitos de administración desleal frente a los acreedores. Así pues, precisaré la evolución que se advierte en esta materia desde una concepción puramente subjetivista hacia el deber jurídico-penal del deudor de preservar su capacidad de responder patrimonialmente frente a sus acreedores. En segundo término, pretendo evidenciar que en estas figuras delictivas no solo es punible el fraude concebido como negocio o acto simulado que disminuye ficticiamente el patrimonio del deudor. El legislador, a diferencia de la línea jurisprudencial anterior a la reforma de 2015, ha tipificado conductas que constituyen una gestión irregular o indebida del patrimonio. En suma, ya no es posible afirmar que el deudor que actúa con indiferencia respecto de la posibilidad de que determinadas actividades pudieran conducir a la ruina económica,

⁶ Véase una síntesis de la jurisprudencia anterior en la STSJ Castilla y León 19/2020, de 15 de abril.

o a serias dificultades de esa clase y, con ello, a la insolvencia esté exento de responsabilidad penal. Por último, se plantea si la gestión irregular del patrimonio se configura como una modalidad fraudulenta de administración.

II. ¿CONSTITUYEN LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES UNA SUERTE DE DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL FRENTE A LOS ACREEDORES?

II.1 Las fricciones entre los socios y los acreedores en situaciones de insolvencia

El interés de los socios en condiciones normales se alinea con el interés de los acreedores. Una sociedad solvente orientará su interés hacia la maximización de su valor. Por un lado, los socios perseguirán rentabilizar su beneficio económico y, por otro, los acreedores, cuanto más solvente sea la sociedad, mayor seguridad tendrán en el cobro de sus créditos⁷. El acaecimiento de una situación de insolvencia o próxima a esta, sin embargo, propicia que los intereses de unos y otros se bifurquen en determinadas decisiones. La aparición paralela de diferentes intereses se fundamenta en los distintos riesgos que asumen los socios y los acreedores en una situación de preinsolvencia o de insolvencia.

Frente a la situación de insolvencia, los acreedores preferirán la adopción de medidas más conservadoras⁸. La razón principal de esta actitud, con una clara aversión al riesgo, descansa en que sus intereses están encaminados a la satisfacción de sus créditos y solo podrán participar en sus beneficios hasta el límite del valor de aquellos. En situaciones de insolvencia, la separación del patrimonio personal frente al empresarial, la responsabilidad limitada, provoca el nacimiento de comportamientos oportunistas que redistribuyen el valor del patrimonio del deudor menoscabando las expectativas de los acreedores⁹.

⁷ En parecidos términos, entre otros, véase GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Civitas, 2014, p. 434.

⁸ Entre los acreedores también se produce este conflicto porque aquellos que tienen mayores posibilidades de cobro preferirán la gestión conservativa, mientras que aquellos que, en caso de apertura del procedimiento concursal, no tienen ninguna esperanza de cobrar, por estar su crédito subordinado, optarán por una mayor propensión al riesgo. Véase TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, 2009, p. 1089.

⁹ Sobre el problema de la *huida hacia adelante*, véanse, entre otros, BERMEJO GUTIÉRREZ, N. / RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *InDret*, núm. 4, 2006, p. 6; ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs derecho

Estos riesgos se evidencian, a título de ejemplo, en la aminoración de los fondos propios de la sociedad, el incremento del pasivo o el aumento de operaciones excesivamente arriesgadas. Los socios, en las sociedades de capital¹⁰, no encontrarán cortapisas en el momento de adoptar inversiones arriesgadas destinadas a reflotar la sociedad, en tanto que, si se fracasa, no perderán más allá de lo que pierden al incurrir en insolvencia, esto es, la inversión ya realizada¹¹. El afloramiento de esta clase de actuaciones es más proclive en las sociedades cerradas o, con carácter general, en las que el administrador posea una participación relevante en el capital, hasta tal punto que incluso la figura del administrador y la del socio mayoritario se funden¹². Se trata de estructuras societarias *simplísimas*, esto es, aquellas en las que el administrador único es a su vez dueño exclusivo o casi del negocio¹³. En efecto, el administrador único que detenta el capital, ante una situación de insolvencia, difícilmente orientará sus decisiones hacia el beneficio de los acreedores. Esta exigencia resulta tan utópica como que tenga que controlarse a sí mismo para eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁴.

Explicitado someramente el contexto de conflicto de los acreedores y los deudores en situaciones de insolvencia, en los apartados siguientes me ocupa-

concurzal, ¿técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?», en ALONSO LEDEMA, C. / ALONSO ÚREBA, A. / ESTEBAN VELASCO, G., *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo II, 2011, p. 79; GURREA MARTÍNEZ, A., *El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*, Reus, 2018, p. 107.

¹⁰ En las sociedades personalistas, el instrumento que contrapesa la propensión al riesgo en los supuestos de insolvencia es la propia responsabilidad personal de los socios. Asimismo, en las sociedades no cotizadas, el hecho de que los administradores sean propietarios de una porción significativa de la empresa les proporciona un incentivo natural. Véase PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, núm. 3, 2003, p. 7.

¹¹ Destacando esta situación, entre otros, MOYA BALLESTER, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, La Ley, 2005, p. 291; BERMEJO GUTIÉRREZ, N. / RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», cit., p. 7; GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, cit., p. 453; GÓMEZ ASENSIO, C., «Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 31, 2019, p. 2.

¹² En estos supuestos la asunción de una reorientación de los deberes del administrador hacia los acreedores es sencillamente irreal. Véase RECAMÁN GRAÑA, E., «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 32, 2020, p. 6.

¹³ Para una detallada distinción entre organización simple y compleja y las funciones asignadas a los administradores y titulares del capital, véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «*Perseverare diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)», *InDret*, núm. 2, 2018, p. 39.

¹⁴ Denunciando también las posibles vulneraciones del principio *non bis in ídem*, en atención a estas particularidades, en la responsabilidad penal de las sociedades unipersonales, véase GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «Un concepto de persona jurídica en el limbo penal: el caso de la sociedad unipersonal», en JUANATEY DORADO, C. / SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Derechos del condenado y necesidad de pena*, 2018, pp. 64 y 65.

ré de la posibilidad de apreciar que, tras la reforma de 2015, las insolvencias punibles se construyan como una subespecie de delitos de administración desleal frente a los acreedores.

II.2 El punto de partida: La convivencia «pared con pared»

La fisonomía de los delitos de insolvencia punible, en los que se produce un ataque al patrimonio *desde dentro*¹⁵, ha propiciado que algunos autores efectúen un paralelismo entre estas figuras delictivas y el delito de administración desleal. Se afirma, muy gráficamente, que este último delito cohabitaría «pared con pared» con las insolvencias punibles¹⁶.

Las similitudes en la estructura del injusto se han detectado por Nieto Martín en torno a tres puntos¹⁷. El primero, la realización de comportamientos escasamente diligentes en la gestión de los negocios se asemeja a la infracción de los deberes de diligencia y lealtad de un administrador. Las conductas comprendidas entre las circunstancias 2.^a y 5.^a del art. 259.1 CP encajan en el comportamiento típico del delito de administración desleal¹⁸. El segundo, desde una perspectiva económica, se alega que la insolvencia punible constituye un tipo de administración desleal que se produce sobre los intereses patrimoniales de los acreedores. En efecto, aprecia que, en el marco de la obligación crediticia, existe una *relación de confianza* entre el acreedor y el deudor, que le permite aseverar que la sociedad que recurre al crédito, de alguna manera, está administrando intereses patrimoniales de quienes se lo concedieron. Con todo, reconoce que esta conclusión, desde un punto de vista jurídico, es inco-

¹⁵ Esta especial característica del modo comisivo podría aparentemente explicar por qué la penalidad es más grave en esta clase de delitos que en el tipo básico del delito de hurto que, además, se agrava por abusar de la confianza de la víctima. Sin embargo, en el delito de hurto no existe una posición de garantía orientada a la protección del patrimonio. Véase esta idea en relación con el delito de administración desleal en PASTOR MUÑOZ, N. / COCA VILA, I., *El delito de administración desleal*, cit., p. 77.

¹⁶ En estos términos, NIETO MARTÍN, A. / PRIETO DEL PINO, A. M., «La última crisis bancaria en la jurisprudencia penal», en DEMETRIO CRESPO, E., *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 664. En sentido similar, destacando que en ambos delitos se presentan problemas dogmáticos semejantes relacionados con la administración incorrecta de los bienes, véase MUÑOZ CONDE, F., «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en ARROYO ZAPATEIRO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, 2001, p. 355.

¹⁷ NIETO MARTÍN, A., «Administración desleal y apropiación indebida», cit., pp. 269-270. Véase, del mismo autor, esta idea primigenia en *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 26 y ss.

¹⁸ NIETO MARTÍN, A. / PRIETO DEL PINO, A. M., «La última crisis bancaria en la jurisprudencia penal», cit., p. 667. Asimismo, FARALDO CABANA entiende que cabe también integrar en el art. 252 CP la circunstancia 1.^a, en «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, p. 62.

recta, pero enfatiza que desde una vertiente fáctica o económica puede fundarse¹⁹. Y, por último, el tercero, vendría a justificar esa suerte de deberes fiduciarios en el dato de que el deudor también actúa como un gestor de intereses patrimoniales ajenos en situaciones de insolvencia. De este modo, los acreedores se encontrarían «tan indefensos o más ante él que las víctimas de la administración desleal».

Frente a esta posición, Feijoo Sánchez se ha mostrado especialmente crítico porque, a su juicio, esta forma de concebir las insolvencias punibles equi-para la gestión leal y la gestión ordenada. No comparte que se establezca una «vinculación jurídica de lealtad entre el deudor y los acreedores mucho más intensa que la establecida en el ordenamiento jurídico español»²⁰. Los deberes del administrador frente a la sociedad y sus socios, en su opinión, son cualitativamente distintos a los que pueda tener con los acreedores de la sociedad que administra, por lo que, en caso de conflicto, tienen un mayor peso sus deberes con la sociedad²¹. Este autor, antes de la reforma de 2015, aseveraba que el delito concursal no castigaba «una gestión incorrecta o desleal del patrimonio que debe responder de las deudas, sino eludir el pago de la deuda mediante fraude»²². Es cierto, como indicaba, que el delito concursal (art. 260 CP) constituía una figura de *bancarrota fraudulenta*, o al menos así lo entendía la jurisprudencia que no castigaba una gestión incorrecta o indebida del patrimonio, sino el fraude en el cumplimiento de las obligaciones²³. Precisamente, razonaba que la impunidad de la imprudencia era una decisión político-criminal de gran calado que demostraba que el tipo de injusto del delito concursal giraba más alrededor de la idea de prevenir el fraude que de la estabilización de los deberes de administración o de gestión ordenada²⁴.

Esta conclusión, sin embargo, no se puede seguir manteniendo en el contexto vigente, en el que se incrimina la modalidad imprudente y se castiga la *gestión irregular del propio patrimonio*²⁵. Así, se evidencia de la tipificación

¹⁹ NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., p. 27.

²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», *In-Dret*, núm.2, 2009, pp. 10 y ss.

²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, BdF, 2016, p. 41.

²² FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», cit., p. 11.

²³ Se precisaba que los supuestos de mala gestión o administración desordenada eran impunes porque el adverbio «dolosamente» significaba fraude. Véase CAMPANER MUÑOZ, J., «El Derecho penal de las insolvencias», cit., p. 285.

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Crisis económica y concursos punibles», *Diario La Ley*, núm. 7178, 2009, p. 19.

²⁵ De acuerdo, entre otros, SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Frustración de la ejecución», en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, p. 489; GONZÁLEZ CUSSAC, J.

de las ventas o prestaciones de servicios a pérdida, de la participación en negocios especulativos, del sobreendeudamiento o, en particular, de la cláusula de cierre (art. 259.1.9.^a CP), que castiga toda acción u omisión que comporte una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos a la que se vincule una disminución patrimonial o una ocultación de la situación económica. En este conjunto se encuadrarían las circunstancias 2.^a, 3.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a del art. 259.1 CP. No obstante, como se comprobará seguidamente, considero que la gestión indebida o irregular del patrimonio, salvo los comportamientos imprudentes, en una situación de insolvencia inminente o actual puede etiquetarse como una conducta fraudulenta frente a los acreedores.

II.3 El punto de (des)encuentro: El momento en el que se produce el derrumbe del «tabique»

Si se retoma la metáfora empleada, se advertirá que el bien jurídico-penal en ambas figuras delictivas aparece como una pared que divide dos estancias. Desde un lado de la pared, el patrimonio social es el bien jurídico-penal del delito de administración desleal y, desde el otro lado de la estancia contigua, los derechos de crédito de los acreedores se protegen a través de la intangibilidad de la garantía patrimonial universal. Se trata de dos bienes jurídicos distintos, por lo que nada impide que se pueda apreciar una relación de concurso ideal o real.

En situación de solvencia, los acreedores y los deudores permanecen cada uno en su estancia. Los acreedores, mientras se mantenga la solvencia del deudor, permanecerán indiferentes al comportamiento poco diligente o desleal del administrador frente a la sociedad. En un escenario de preinsolvencia o de insolvencia, sin embargo, se exacerba el conflicto de intereses entre socios y acreedores, de tal modo que los primeros estarán dispuestos a asumir más riesgos y los segundos abogarán por una gestión conservadora del patrimonio que facilite el cobro de sus créditos. En este momento temporal, el *tabique* que separa ambas paredes se desploma y entran en liza los intereses de los acree-

L., «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 463. Muy crítico con esta posibilidad respecto del deudor no empresario, SÁNCHEZ DAFUACE considera que «esto sólo tiene sentido respecto de profesionales, es decir, respecto de personas cuya actividad profesional comprenda la protección del crédito», de tal modo que propone restringir el sujeto activo de las insolvencias punibles al empresario y el de los alzamientos de bienes al particular, en tanto que concurre fraude y enriquecimiento ilícito del deudor, en «Frustración de la ejecución», cit., p. 489.

dores, que se aferrarán al patrimonio de su deudor como una tabla de salvamento para satisfacer sus créditos.

El derrumbe del *tabique* no provoca el nacimiento de deberes de lealtad frente a los acreedores. El deber de lealtad tiene una sola dirección y es unilateral frente a la sociedad. El significado de la posición fiduciaria que los administradores están obligados a cumplir frente a la sociedad se justifica en los potenciales conflictos de intereses que surgen en el desempeño del cargo y que el propio contrato es incapaz de regular exhaustivamente²⁶. La relación contractual entre los administradores sociales y la sociedad se cimenta sobre la base de una relación de confianza que no es comprensible sin la existencia de una serie de deberes fiduciarios que se concretan, *grosso modo*, en los deberes de diligencia y lealtad. La imposición de esta clase de deberes a los administradores responde a su condición de gestores de intereses patrimoniales ajenos.

En los delitos de insolvencia punible no se castigan infracciones de los deberes de lealtad frente a los acreedores o, en otros términos, la afirmación de que existe una obligación de lealtad genera confusión en torno al injusto penal. Cuestión diferente es que, en el particular contexto de actuación, al administrador social se le exija penalmente –y también en el marco de la responsabilidad extracontractual y en virtud de la normativa concursal– un *deber de diligencia cualificado*. El deudor tiene las posibilidades de actuación sobre su propio patrimonio más limitadas que cuando se encuentra en una situación de solvencia. Obsérvese que, en realidad, en las situaciones próximas a la insolvencia no existe una *reorientación* de los deberes de diligencia y lealtad²⁷. El administrador solo deberá adoptar una gestión conservativa del patrimonio de la sociedad cuando no existan expectativas justificadas de recuperación y no pueda, por tanto, emprender medidas razonables que reviertan la situación de proximidad a la insolvencia²⁸.

La teoría de la *reorientación* de los deberes fiduciarios de los administradores sociales en situaciones de insolvencia inminente tiene su origen en la doctrina norteamericana y, en particular, en la sentencia *Credit Lyonnais Bank*

²⁶ Véase LLEBOT MAJÓ, J. O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en ROJO, A. / CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 11.

²⁷ La doctrina mercantil norteamericana se refiere a este *viraje* de los deberes del administrador como *duty shifting*, en el que los deberes fiduciarios de los administradores cambian con la situación de insolvencia y pasan a orientarse también a los acreedores, véase una síntesis de esta doctrina en RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Aranzadi, 2016, pp. 94 y ss.

²⁸ De esta opinión, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal», cit., p. 90.

Nederland, N. V. vs. Pathe Communications Corp que afirmó la necesidad de tener en cuenta todos los intereses concurrentes²⁹. Sin embargo, como advierte Recamán Graña, no conviene extrapolar sin matices esta reorientación de los deberes fiduciarios al contexto nacional. El equivalente en el ordenamiento norteamericano a nuestro Derecho concursal es mucho más flexible, no existe un deber de instar la solicitud de concurso, la apertura de un procedimiento de esta naturaleza es voluntario³⁰ y no está vinculado a restricciones en las facultades de disposición y administración. El deudor continúa reteniendo el control de los activos, de ahí que exista la necesidad de redirigir más severamente los intereses de la gestión hacia los acreedores³¹.

La transición de la aplicación del Derecho societario al Derecho concursal español no deja a la intemperie los intereses de los acreedores, en tanto que se cuenta con determinadas obligaciones que ya modulan el deber de diligencia de los administradores como, a título de ejemplo, demuestra la responsabilidad de los administradores por no promover la causa de disolución ante una situación de pérdidas cualificadas; la acción individual de responsabilidad societaria; la eficacia de las acciones rescisorias concursales; la responsabilidad de los administradores por la calificación culpable del concurso; la condena al déficit ante la responsabilidad concursal; las acciones propias del Derecho civil en fraude de acreedores; e incluso se puede añadir el castigo de sus conductas a través de los delitos de insolvencia punible *en sentido amplio*. La instauración en el plano teórico de unos deberes de lealtad frente a los acreedores reportaría una nula eficacia en la práctica.

Desde el punto de vista jurídico-penal, en lo que aquí atañe, solo me interesa subrayar que el *deber de diligencia cualificado del administrador* se origina con la situación de insolvencia inminente y se incumple mediante la creación de un riesgo no permitido al que se imputa una disminución del patrimonio o la ocultación de la situación patrimonial que causa o agrava la insolvencia. La situación patrimonial o financiera del deudor es el punto de anclaje

²⁹ Se refiere esta sentencia a la ampliación de los deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores en situaciones de proximidad a la insolvencia (*vicinity of insolvency*). Sobre el interés social en esta resolución, véanse MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto del interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia», en AA. VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, 2006, pp. 255-275; RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, cit., pp. 100 y ss.

³⁰ Véase sobre los deberes de los administradores en el Derecho norteamericano MOYA BALLESTER, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, cit., pp. 228-246.

³¹ RECAMÁN GRAÑA, E., «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», cit., p. 8.

sobre el que pivota el riesgo permitido en los delitos de *causación* y *agravación* de la insolvencia.

Obsérvese que el deber de diligencia cualificado del administrador en situaciones de insolvencia no comporta que el espacio de riesgo permitido para los delitos de administración desleal y los delitos de insolvencia punible confluya. En los primeros, los riesgos permitidos resultan especialmente heterogéneos porque el administrador y la sociedad pueden especificar el nivel de riesgo asumido en la gestión social³². En los segundos, la determinación del riesgo permitido queda más encorsetada por la existencia de criterios generales que se anclan a las situaciones de proximidad a la insolvencia o a la insolvencia y, en particular, a la infracción del deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos y a la cláusula de justificación económica³³.

En suma, no es necesario recurrir a la existencia de unos deberes de lealtad frente a los acreedores para fundamentar el injusto penal en los delitos de insolvencia punible que, por lo demás, serían estériles. La mayor o menor elasticidad del riesgo permitido en los delitos de insolvencia punible queda condicionada al contexto patrimonial o financiero en el que se encuentre el deudor y a la naturaleza del negocio o la actuación³⁴. Así pues, se debe distinguir entre la situación de *proximidad a la insolvencia*; la *insolvencia inminente*; y la *insolvencia actual* o la *declaración de concurso*. El orden expositivo, que a continuación se refleja, obedece a un sentido decreciente de la libertad de disposición económica del deudor.

a) *En el contexto de la preinsolvencia o proximidad a la insolvencia*

La expresión «preinsolvencia o proximidad a la insolvencia» se emplea aquí como el momento en el que el deudor afronta serios problemas patrimo-

³² PASTOR MUÑOZ, N., «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 301.

³³ *Ibidem*, p. 301.

³⁴ El constreñimiento de la libertad de disposición económica del deudor cuando acaece la insolvencia va en consonancia con las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones en el Código civil (Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y Propuesta de Código Civil aprobada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2017), en las que se incorporaba como presunción de fraude de acreedores aquellas disposiciones realizadas por el deudor en situación de *insolvencia notoria*. En estos supuestos, ni el deudor puede desconocer su situación patrimonial, ni tampoco el tercero que contrata con él, por lo que se penalizaría a ambos «creando un «cordón de seguridad» ante la posible impugnación posterior que induciría a los terceros a no contratar con dichos deudores». Véase como indica FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «La rescisión por fraude de acreedores en las propuestas de Código civil», en ATAZ LÓPEZ, J. / GARCÍA PÉREZ, C. L., *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, 2019, p. 15.

niales o financieros que lo colocan ante el riesgo de una situación de insolvencia, pero que no alcanzan la entidad de una insolvencia inminente. En este contexto de preinsolvencia se pueden cifrar, entre otras situaciones, las pérdidas patrimoniales o las pérdidas cualificadas que pueden, no obstante, desgajarse de las situaciones de insolvencia en sentido estricto³⁵. Nótese que si esta situación de pérdidas cualificadas se solapa con la situación de insolvencia actual lo pertinente será la solicitud de declaración de concurso. Las pérdidas cualificadas constituyen una suerte de indicador, aviso o alerta, muy potente de la existencia de un estado de preinsolvencia³⁶ que, sin embargo, con relativa frecuencia, revelará una situación de insolvencia inminente³⁷.

Así pues, las situaciones de preinsolvencia intensifican el deber de diligencia del administrador que debe abstenerse de adoptar decisiones empresariales arriesgadas que puedan poner en riesgo la viabilidad de la sociedad³⁸. Los administradores deberán perseguir «el interés de la sociedad que se traduce en una obligación de gestión responsable en la que se persiga el mejor interés de la sociedad de manera razonable, es decir, la maximización del valor para el accionista valorando el medio-largo plazo, la sostenibilidad de la empresa, la reputación, la no agravación de situaciones económicas desfavorables y demás circunstancias que afecten a los intereses de la sociedad»³⁹.

Desde la perspectiva de los delitos de insolvencia punible, los administradores dispondrán de un margen de libertad de disposición económica más amplio en esta situación patrimonial. Al tratarse de dificultades económicas que no alcanzan la situación de insolvencia inminente no podrán cometer un delito de *agravación* de la insolvencia (art. 259. 1 CP) que exige, como presupuesto, que el deudor se halle en una situación de insolvencia inminente o actual. Sin embargo, el administrador debe mantenerse atento al desarrollo de la situación patrimonial y, en todo caso, cumplir con su deber de información, en tanto que

³⁵ No se debe confundir la situación de pérdidas patrimoniales con la situación de insolvencia. Se trata de situaciones que pueden producirse simultáneamente, pero no existe una identidad absoluta.

³⁶ RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, cit., p. 53.

³⁷ De esta opinión, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración de concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, 2005, p. 383.

³⁸ ALONSO LEDESMA precisa que el estándar de conducta del administrador en esta situación debe dirigirse a tutelar a los acreedores frente a decisiones arriesgadas, limitando la discrecionalidad en la gestión, en «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal», cit., p. 97.

³⁹ GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, cit., p. 444.

debe conocer la existencia de las pérdidas, integren o no la causa de disolución⁴⁰.

Así pues, en una situación de preinsolvencia, los riesgos penales se concentran en la posibilidad de causar la situación de insolvencia (art. 259.2 o art. 257.1. 1.º CP) mediante operaciones bien puramente fraudulentas o de gestión indebida del patrimonio. Los administradores deberán abstenerse de efectuar operaciones excesivamente arriesgadas con una escasa probabilidad de éxito que comprometan la solvencia de la sociedad. No obstante, nótese que las pérdidas cualificadas con relativa frecuencia se solapan con la situación de insolvencia inminente, de tal modo que, si el administrador social no realiza, por ejemplo, la operación de reducción por pérdidas cualificadas y con su omisión genera una agravación de la insolvencia, mediante su continuación en el tráfico, podría estimarse un delito de insolvencia punible *ex art.* 259.1.9.ª CP.

b) *En el contexto de la insolvencia inminente*

La situación de insolvencia inminente solo habilita al deudor para solicitar la declaración de concurso. En la doctrina mercantil se discute si, en este contexto patrimonial, existen auténticos deberes fiduciarios del administrador frente a los acreedores. Aquí el disenso se divide en dos posiciones. Por un lado, aquellos que avalan que la insolvencia inminente habilita una reorientación de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores hacia la promoción de la satisfacción de los acreedores⁴¹. Y, por otro, aquellos que sostienen que los destinatarios de los deberes fiduciarios de los administradores continúan siendo los socios, solo que el contenido de la diligencia debida se *modula* en atención a diferentes mecanismos de protección de los acreedores que se prevén a partir de la situación de insolvencia inminente⁴². No obstante, también se mantiene una posición mixta o matizada que estima que el interés social debe entenderse como el interés de la sociedad en su conjunto,

⁴⁰ RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, cit., p. 49.

⁴¹ De esta opinión, entre otros, MORILLAS JARILLO, M. J., «Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, 2005, p. 2137; MOYA BALLESTER, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, cit., p. 297.

⁴² En esta dirección, véanse, entre otros, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal», cit., pp. 90 y ss.; GARCIMARTÍN, F., «De nuevo sobre los deberes fiduciarios y la proximidad del concurso», en *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacenderecho.org/de-nuevo-sobre-los-deberes-fiduciarios-y-la-proximidad-del-concurso/>. Último acceso: 08/04/2020.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia», en *Almacén de Derecho*, 2018. Disponible en: <https://almacenderecho.org/administradores-frente-accionistas-acreedores/>. Último acceso: 09/04/2020.

imponiendo a los administradores una conducta de maximización, no del valor del interés de los socios, sino del patrimonio de la sociedad⁴³. En esta dirección, es cierto que resulta artificial llevar a cabo una separación entre los dos intereses, puesto que, en el largo plazo, en una situación de insolvencia inminente tanto a los socios como a los acreedores les interesa la rentabilización de la decisión económica de la sociedad⁴⁴.

El fundamento de la intervención penal descansa en una actuación del administrador reprochable, puesto que actúa mediante la asunción de riesgos excesivos que no se corresponden con su situación, esto es, como si la sociedad fuera solvente. Se trata, en mi opinión, de un deber de diligencia cualificado. La situación de insolvencia inminente altera el *nivel de diligencia exigible* a los administradores en aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual, de las societarias y de las concursales⁴⁵.

La protección penal de los acreedores en situaciones de insolvencia inminente se encuentra en sintonía con la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Esta Directiva recoge una serie de *obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente* (art. 19)⁴⁶. Este precepto establece que los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomarán debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia; y c) la necesidad

⁴³ JACQUET, T., «Los deberes de los administradores en situaciones próximas a la insolvencia: de la maximización del valor de los socios a la maximización del valor de la empresa», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 27, 2017, p. 5. En similares términos, GÓMEZ ASENSIO entiende que existe un interés compartido en torno al mantenimiento de la viabilidad empresarial, en «Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración», cit., p. 6.

⁴⁴ Así lo pone de manifiesto RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, cit., nota 122, p. 126.

⁴⁵ En este sentido, véanse GARCIMARTÍN, F., «De nuevo sobre los deberes fiduciarios y la proximidad del concurso», en *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-los-deberes-fiduciarios-y-la-proximidad-del-concurso/>. Último acceso: 08/04/2020.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia», en *Almacén de Derecho*, 2018. Disponible en: <https://almacendederecho.org/administradores-frente-accionistas-acreedores/>. Último acceso: 09/04/2020.

⁴⁶ Esta incorporación ha sido entendida como un «argumento de refuerzo para la tesis institucional sobre la naturaleza del interés social». Véase GÓMEZ ASENSIO, C., «Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración», cit., p. 3.

de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

c) *En el contexto de la declaración de concurso o de la insolvencia actual*

Frente a las precedentes situaciones de preinsolvencia o de insolvencia inminente, en las que el administrador posee un margen de discrecionalidad más holgado, la situación de insolvencia actual, declarada o no en concurso, implica una restricción significativa de la libertad de disposición económica hasta tal punto que la gestión debe orientarse hacia la satisfacción de los acreedores. Una vez declarado el concurso, el administrador, si todavía conserva sus facultades de administración y disposición⁴⁷, deberá guiarse en su gestión por el *interés concursal*⁴⁸. El interés concursal se define como la finalidad de conservar la masa activa de modo más conveniente para el interés del concurso. Este propósito conservativo requiere una prudencia razonable en el ejercicio de la actividad, sin asumir riesgos excesivos⁴⁹. Las operaciones arriesgadas están completamente vedadas en una situación de insolvencia actual. Del mismo modo, cuando todavía no se haya declarado el concurso, pero el deudor se encuentre materialmente en disposición de ser declarado en concurso necesario. La situación de insolvencia actual no solo habilita a los acreedores a instar la solicitud de concurso. A diferencia de la insolvencia inminente, la solicitud constituye un deber para el administrador. Este supuesto es especialmente relevante porque el administrador cuenta con dos meses para instarlo desde que conoció o debió conocer el estado de insolvencia⁵⁰. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso también origina responsabilidad penal cuando comporte una disminución patrimonial (art. 259.1.9.ª CP)⁵¹. No obstante, si el deudor se retrasa en el cumpli-

⁴⁷ El juez podrá acordar la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, en cuyo caso la administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades (art. 106 TRLC).

⁴⁸ RECALDE CASTELLS, A., «La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgement rule)», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. / COHEN BENCHETRIT, A., *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, p. 1188.

⁴⁹ COLINO MEDIAVILLA, J. L., «Artículo 43», en PULGAR EZQUERRA, J., *Comentario a la Ley Concursal*, 2016, p. 594.

⁵⁰ Se trata, como indica GÓMEZ ASENSIO, de una «infracción del deber de diligencia que transita por un cauce paralelo al del régimen de responsabilidad de los administradores previsto en el TRLSC», en «El alcance efectivo de la Business Judgement rule en el Derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 45, 2015, [versión digital], p. 16.

⁵¹ Véase GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «La suspensión del deber de solicitar el concurso como fuente de riesgos penales de insolvencia», *Diario La Ley*, núm. 9683, 2020, pp. 1-10.

miento del deber de instar el concurso, aunque no haya comunicado el inicio de negociaciones formalmente, por ejemplo, porque está en búsqueda de nuevos inversores para conseguir la viabilidad de la empresa, no comete, a mi juicio, un delito de insolvencia punible.

III. LA GESTIÓN IRREGULAR O INDEBIDA DEL PATRIMONIO COMO CONDUCTA FRAUDULENTA

En el catálogo de conductas que recoge el art. 259.1 CP, como se ha advertido, se reconocen dos grupos. Por un lado, las conductas *vinculadas al enriquecimiento directo del deudor frente a los acreedores*. Se pueden mencionar, a título de ejemplo, la ocultación de bienes, las compraventas ficticias, el pago de gastos personales con fondos de la sociedad o la simulación de créditos con terceros⁵². Todas estas conductas encierran en su propia dinámica un componente lucrativo del deudor que se aproxima más al engaño que a una infracción del deber de diligencia. En estos comportamientos, se está anteponiendo el interés propio al de los acreedores y, por supuesto, al de la propia viabilidad de la sociedad. En este grupo también incluiríamos las infracciones de naturaleza contable que pretenden ocultar esta clase de operaciones ficticias, la salida indebida de bienes del deudor o la propia reconstrucción del patrimonio.

Por otro, las que integrarían, en puridad, una *gestión indebida o irregular del patrimonio como infracción grave del deber de diligencia*. En este bloque se encuadran negocios reales que, en circunstancias normales, en la sociedad *in bonis*, no constituyen tampoco un ilícito civil. Ahora bien, para dilucidar la permisión o la prohibición de las conductas se debe parangonarlas, en función del contexto patrimonial, con el estándar que imprime el deber de diligencia en la gestión económica que se conecta con la justificación económica o empresarial razonable. En estas conductas, en otros términos, no es tan palmario que el deudor pretenda vaciar la garantía patrimonial universal y, por esta razón, el recurso al estándar de diligencia debida se presenta como crucial para fijar la lesividad material de la conducta.

⁵² Los negocios jurídicos simulados, en opinión de PAREDES CASTAÑÓN, también pueden tener sentido económico cuando, pese a que no exista una contraprestación económica, se busque mejorar la situación patrimonial del deudor, por ejemplo, cuando una sociedad pretende tomar el control de otra mediante un contrato simulado para obtener un lucrativo negocio para ambas sociedades. Véase PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 1653.

La jurisprudencia siempre se ha mostrado reticente a castigar en el antiguo delito concursal el *segundo grupo* de conductas enunciadas que se vinculan a la *infracción grave del deber de diligencia*. El delito concursal se reducía prácticamente a las denominadas *quiebras planeadas* presididas por un dolo directo de vaciamiento patrimonial⁵³. Este modo de proceder se acompasaba con la propuesta de abstención frente a la negligencia del administrador y la política de intervención en materia de infidelidad que se viene reclamando en la doctrina mercantil⁵⁴. En el marco de la fenomenología de actos contrarios al deber de diligencia se aduce que los de *deficiencia de juicio*, cuando se cumplen los requisitos del art 226 TRLSC, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas, deben quedar extramuros del escrutinio judicial⁵⁵.

Frente a la línea jurisprudencial expresada, el legislador no pone solo el acento en la fraudulencia unida al enriquecimiento como criterio selectivo de conductas vinculadas a la insolvencia que deben reconducirse al Derecho penal. A los acreedores, a decir verdad, les resultará indiferente que el deudor haya dinamitado la garantía patrimonial universal con el propósito de eludir sus deudas y asegurarse la retención de algunos de sus bienes o que haya dilapidado su patrimonio mediante una gestión guiada bajo el paraguas de la irracionalidad económica y la omisión de las más elementales normas de diligencia en la gestión. En ambos supuestos existirá una imposibilidad en la satisfacción de las obligaciones derivada de una actuación no permitida del deudor. Incluso podría afirmarse que en las conductas fraudulentas será más sencillo recuperar los bienes que salieron indebidamente del patrimonio del deudor porque, con frecuencia, el tercero actuará en connivencia y no podrá estimarse tercero de buena fe.

Sin embargo, estos argumentos utilitarios no son suficientes para justificar la intervención penal en las conductas de *gestión indebida*. El derecho de crédito, de conformidad con Quintero Olivares, puede experimentar perjuicios de muchos modos, pero el Derecho penal de la insolvencia no debe reaccionar frente a toda clase de ataques, «dejará fuera los fortuitos y los culposos, eso es evidente, pero de entre los dolosos deberá practicar una selección de los más

⁵³ GALLEGO SOLER, J. I., «Capítulo VII bis. De las insolvencias punibles», en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., 2016, p. 918.

⁵⁴ Destacadamente véase PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 5.

⁵⁵ Se excluyen de la inmunidad judicial los casos de deficiencia informativa, los casos de deficiencia procedimental y los casos de deficiencia de imparcialidad, aunque estos últimos están más próximos al deber de lealtad, *ibidem*, p. 33.

graves»⁵⁶. El legislador penal no excluyó los imprudentes y tampoco ha filtrado los atentados más severos⁵⁷. La incriminación de la imprudencia en los delitos de insolvencia provoca que una administración desafortunada se pueda confundir con una conducta punible y ello sin distinguir si el autor es un usuario cualificado del tráfico mercantil. Por ello, interesa examinar si la equiparación penológica entre las conductas de enriquecimiento y las de gestión indebida es proporcionada.

Probablemente, en una primera lectura, podría aducirse que las conductas fraudulentas, que comportan un enriquecimiento directo del deudor, poseen una porción de injusto mayor. La jurisprudencia parecía exigir el ánimo de lucro de manera implícita en los delitos de alzamiento de bienes, sin embargo, nunca se incluyó expresamente en su descripción típica⁵⁸. La directriz seguida por el legislador parece ser la contraria, como demuestra que se suprimiera este elemento de la configuración del delito de administración desleal⁵⁹. Esta línea de intervención punitiva manifiesta que, a medida que se incrementa el poder de dominio sobre los intereses patrimoniales ajenos y, en paralelo, se aumenta la capacidad del autor para lesionar el patrimonio ajeno, el tipo subjetivo «va perdiendo componentes», de tal manera que la administración desleal es un delito de lesión en el que basta con el dolo eventual y en los delitos de insolvencia se castiga la imprudencia⁶⁰. Con todo, a título de ejemplo, la concurrencia del ánimo de lucro en las conductas de insolvencia punible comporta un caso especialmente grave de bancarrota

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Art. 260», en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código penal*, tomo II, 2008, pp. 149 y ss. En el mismo sentido, se incide en que la protección penal frente a todo tipo de ataques, cualquiera que sea el componente subjetivo que guía la conducta, solo debe quedar reservado para un núcleo muy reducido de bienes jurídicos, como la vida o la libertad. Véase RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, 1995, p. 395.

⁵⁷ En una línea similar, GALLEGO SOLER señala que «cuesta aceptar que una gestión empresarial imprudente del propio patrimonio tenga lesividad suficiente para justificar el merecimiento de pena del delito leve», en «Capítulo VII bis. De las insolvencias punibles», cit., p. 918. De la misma opinión, GONZÁLEZ CAMPO, E., «Frustración de la ejecución y bancarrota en la reforma 1/2015 del Código penal», *Cuadernos de José María Lidón*, núm. 12, 2016, p. 192.

⁵⁸ Aunque algún autor reclamaba una interpretación de los delitos de alzamiento de bienes incluyendo este elemento, destacadamente, NIETO MARTÍN, A., «Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal», *Actualidad penal*, núm.40, 1996, pp. 778 y 779.

⁵⁹ Sobre la indiferencia de este criterio a efectos del delito de administración desleal, COCA VILA sostiene las infracciones del deber de velar por el propio patrimonio administrado pueden resultar tan lesivas del patrimonio social como aquellas en las que existe un ánimo de enriquecimiento del administrador, en «La *Business judgment rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *Diario La Ley*, núm. 9371, 2019, p. 4.

⁶⁰ Destacadamente, NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., p. 29.

castigado más severamente en Alemania (§ 283a StGB) que no ha sido contemplado en nuestro texto punitivo⁶¹.

La doble conceptualización de las conductas en las insolvencias punibles corre el riesgo de convertir al Derecho penal en la principal respuesta, a modo de brazo represor, frente a las conductas poco diligentes o imprudentes en el ámbito empresarial. Estimo conveniente que, en conexión con el bien jurídico-penal y recurriendo a una interpretación en clave restrictiva y teleológica, las denominadas conductas de *gestión indebida o irregular* del patrimonio se reconduzcan a *perfiles fraudulentos* que evidencien una defraudación de la garantía patrimonial universal en situaciones de insolvencia.

Esta propuesta interpretativa permitiría castigar las conductas de gestión indebida con un perfil fraudulento de vaciamiento patrimonial. En estos supuestos, el administrador social, que conoce su situación de insolvencia, emprende actuaciones descabelladas aferrándose a razones emocionales de «apuesta por la empresa» sin que se predique un enriquecimiento directo derivado de la conducta⁶². El administrador, conocedor de la situación de insolvencia, que adopta decisiones especialmente arriesgadas con un porcentaje de fracaso alto, está infringiendo gravemente su deber de diligencia. Esta clase de operaciones, en un contexto de insolvencia, y sin una justificación económica o empresarial razonable, defraudan la responsabilidad patrimonial universal. Esta previsión tiene especialmente sentido en las sociedades de capital, en las que la responsabilidad limitada potencia el conflicto entre acreedores y deudores en situaciones de insolvencia. Los socios tienen más las de ganar que las de perder, puesto que el socio ve limitada su pérdida al capital aportado. Se agudizan así las posibilidades de que se ejecuten conductas de *sobreinversión*, a través de la asunción de obligaciones que arrojen

⁶¹ Del mismo modo en el caso de que se ponga, a sabiendas, a muchas personas en riesgo de perder los bienes que le han sido confiados o en dificultades económicas. Este subtipo agravado en la regulación alemana se asemeja a la circunstancia primera del art. 259 bis CP.

⁶² Sin embargo, para MUÑOZ CONDE «si se admitiera el dolo eventual en el delito de alzamiento de bienes se ampliaría enormemente la posibilidad de criminalizar los negocios de riesgo, que en este caso son, además, merecedores de mayor comprensión, porque, a diferencia de lo que sucede en la apropiación indebida, en la administración societaria desleal o en la propia estafa, el deudor opera sobre sus propios bienes, asumiendo su propia ruina, aunque de paso con ello puede perjudicar a otros». Véase MUÑOZ CONDE, F., *Alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 146. Si bien el autor reconoce que «un negocio arriesgado o especulativo o una vida dispendiosa, por encima de las posibilidades económicas, no son en sí mismas constitutivas de un alzamiento de bienes, por más que perjudiquen las expectativas de los acreedores; pero no es menos cierto que cuando ciertas operaciones de esta clase se realizan poco antes del vencimiento de deudas importantes, ante la inminencia de un embargo... (...) pueden estimarse como «indicadores» de una intención de perjudicar», cit., p. 148.

una inversión con valor actual neto negativo⁶³ o incluso de *subinversión*, al ignorar inversiones económicamente eficientes, pero que solo alcanzarían para mejorar la posición de los acreedores y no la de los socios. Se trata de supuestos de *huida hacia adelante* o *ceguera deliberada*. Estas actuaciones, en realidad, son equivalentes a la destrucción de bienes. El deudor depauperara el patrimonio disponible, a través de negocios reales, como las operaciones de venta o prestaciones de servicio por debajo del valor de mercado, la asunción de nuevas obligaciones desproporcionadas o la participación en negocios especulativos que desintegran el patrimonio con el que satisfacer sus obligaciones⁶⁴.

La jurisprudencia no podrá, conforme a la regulación vigente, hacer uso de la antigua concepción anclada en el fraude como sinónimo de enriquecimiento del deudor. Las insolvencias punibles acogen conductas de doble signo. Por un lado, las que por su *modus operandi* implican intrínsecamente un enriquecimiento patrimonial y, por otro, aquellas que, por una infracción grave del deber de diligencia, objetivamente tienen como resultado el fraude a los acreedores. El problema del castigo penal de esta última clase de comportamientos reside en el riesgo de que se confunda una actuación que infringe gravemente el deber de diligencia en la gestión económica con una conducta desacertada o equivocada en un determinado contexto patrimonial. En esta dirección, se ha alertado de que el legislador, tras la reforma de 2015, ha prescindido de la *intencionalidad del deudor*, de tal modo que únicamente se valora su diligencia, sin dar relevancia a otras consideraciones, como su buena fe o que haya sido perjudicado por su actuación. Así pues, se aduce que la nueva configuración de las insolvencias punibles conduce a la «criminalización del fracaso empresarial» y, por tanto, al castigo penal por la «mera gestión desafortunada del patrimonio propio o ajeno»⁶⁵.

Es cierto que una interpretación extensiva de esta clase de conductas puede generar resultados insostenibles en la práctica, como el castigo de conductas arriesgadas o simplemente equivocadas. No todo negocio que genera o agrava la insolvencia, incluso con la representación probable de ese resultado, constituye un acto típico de insolvencia punible. De lo contrario, se estaría

⁶³ El VAN (Valor Actual Neto) es negativo cuando el valor actual de los flujos de fondos negativos (salidas de fondos) es superior al valor actual de los flujos de fondos positivos (entradas de fondos).

⁶⁴ El art. 259.1.2.^a CP se refiere al «coste de adquisición o producción», pero esta referencia no es adecuada. Los argumentos para desechar esta interpretación se desarrollan al hilo del examen de esta concreta modalidad en el apartado 2 del Capítulo II de la tercera parte.

⁶⁵ Véanse estas críticas en RODRÍGUEZ CELADA, E., «La criminalización del fracaso empresarial», *InDret*, núm.1, 2017, p. 8.

confundiendo el riesgo empresarial con el riesgo jurídico-penal⁶⁶, pues un empresario que no se atreve a tomar decisiones con cierto riesgo en situaciones difíciles no es más que un burócrata⁶⁷.

Así pues, estimo que la modulación de los dos últimos requisitos exigidos en la denominada *business judgment rule* o regla de protección de la discrecionalidad de los administradores (art. 226 TRLSC) presentan un indudable valor para la construcción del espacio del riesgo permitido en esta clase de comportamientos de gestión irregular del patrimonio. La obtención de la información suficiente antes de adoptar la decisión y la actuación conforme a un procedimiento adecuado pueden contribuir a otorgar cierta seguridad jurídica a los administradores en el momento de concertar operaciones estratégicas o de negocio. Para que estos dos requisitos se orienten al *telos* de las insolvencias punibles, se ha de prestar atención a la situación patrimonial o financiera del deudor y a la naturaleza del negocio o acto⁶⁸.

En suma, el juez de lo penal deberá examinar el *proceso de toma de la decisión* mediante la reconstrucción de las razones que fundamentaron la actuación de los administradores⁶⁹. Para ello, se atiende a la existencia de una relación lógica entre los motivos y la decisión tomada en atención al contexto patrimonial o financiero. La mayor o menor suficiencia de la información dependerá el riesgo que asuma la sociedad con la decisión. De tal manera que, si la asunción del riesgo es elevada, el volumen y la calidad de información que se le exige al administrador será mayor que si la decisión se enmarca en un riesgo más moderado⁷⁰. Por tanto, si el administrador obtiene la información

⁶⁶ De esta opinión, MICHELETTI, D., «La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributto allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa», *Diritto penale dell'economia*, núm. 3, 2000, p. 623.

⁶⁷ En términos similares, siguiendo a la doctrina alemana, véase FARALDO CABANA, P., «Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, p. 174.

⁶⁸ Se refiere también a estos dos factores de carácter objetivo, en la doctrina mercantil, RECAMÁN GRAÑA, E., «La «Business Judgment Rule» en la crisis. Una propuesta interpretativa», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 54, 2018, p. 154.

⁶⁹ GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, cit., p. 278.

⁷⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en JUSTE MENCÍA, J., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, 2015, [versión digital], p. 10.

necesaria, pero no adopta una decisión que se justifique a partir de valoración razonable de los datos recabados difícilmente podrá entenderse que existe una actuación diligente⁷¹. La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial no protege al administrador frente a decisiones irracionales o disparatadas, sino frente a decisiones erróneas o equivocadas⁷².

⁷¹ *Ibidem*, p. 10.

⁷² En esta dirección, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. / ALONSO UREBA, A. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. / VELASCO SAN PEDRO, L. A. / QUIJANO GONZÁLEZ, J. / ESTEBAN VELASCO, G., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, vol. 2, 2016, p. 416. En la doctrina penal, se asevera que la mera esperanza o fe en que la operación económica sea rentable, siempre y cuando se base en motivos ilógicos, especulativos o incluso supersticiosos, debe ser reprochable. En estos términos, véase NAVAS, I., *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, 2015, p. 231.

ENALTECIMIENTO Y APOLOGÍA DEL FRANQUISMO, HUMILLACIÓN Y ODIO A LAS VÍCTIMAS Y OTRAS CONDUCTAS ¿PENALMENTE RELEVANTES?

JOSÉ LEÓN ALAPONT

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal, Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

Lejos de lo que pudiera imaginarse, el Código Penal español no alberga en ninguna de sus disposiciones de forma específica figura delictiva alguna que refiera a quienes todavía en la actualidad siguen aplaudiendo o añorando la reinstauración de la dictadura franquista y sus atrocidades (incluidas las de carácter delictivo), se burlan o promueven el odio hacia sus víctimas, o niegan la existencia de tal régimen. No vamos a obviar lo delicado del tema y las opiniones enfrentadas que, se quiera o no, siguen todavía hoy vigentes en nuestro país respecto de esta cuestión, pero, puede que, precisamente, respecto de esta cuestión, el Estado español haya mostrado un nivel de madurez superior al de otros países en los que también han acontecido hechos de cariz similar y en los que la defensa de ciertos postulados relacionados con éstos son delictivas.

No obstante, lo anterior puede tener una triple lectura: a) la no tipificación de determinados delitos en este ámbito puede deberse a la falta de consenso, de voluntad, o de oportunidad para iniciar un debate que rescate «posibles» fantasmas del pasado; b) porque realmente no ha sido necesario; y, c) derivada de la anterior, porque puede que el Código Penal permita ya castigar determinadas conductas realizadas en el contexto al que aquí estamos haciendo referencia. Ciertamente es que las últimas demandas sociales en materia punitiva han ido

por otros derroteros bien distintos: terrorismo, corrupción, delitos sexuales, prisión permanente revisable, etc. Por lo que no creo que pueda afirmarse que entre las preocupaciones de la gran mayoría de ciudadanos se encuentre el tema que aquí nos ocupa. Quizás, el paso del tiempo, y que gente como quien escribe estas líneas no viviéramos afortunadamente aquellos oscuros años de nuestra historia, son circunstancias que contribuyen a diluir cualquier tipo de reminiscencia de tiempos pretéritos.

Con todo, y ante la aparición (no sólo en Europa) de nuevos partidos políticos, movimientos sociales, etc., tanto de un extremo (comunistas) como de otro (fascistas), que defienden de un modo populista y radical unos postulados tan alejados, a mi parecer, de lo que supone la concepción actual de un Estado democrático y social de Derecho del que disfrutamos (aun con todas sus imperfecciones que, sin duda, son muchas), consideramos que sólo eso constituye ya, de por sí, motivo más que suficiente como para plantearse si no es el momento para iniciar una reforma penal que vaya en el sentido arriba apuntado.

Posiblemente, a juicio de algunos, éste sea el momento para iniciar esta tediosa labor y romper así el tabú que sobre esta cuestión parecía haberse instalado en nuestro país desde hace tiempo. A este respecto, sí quisiéramos poner de manifiesto que, bajo ningún concepto, traer a colación dichos temas suponga reabrir viejas heridas del pasado o poner en riesgo ese clima de «consenso» que imperó y pervive desde la transición. Y, en cualquier caso, el legislador está más que legitimado para tomar la iniciativa e impulsar una reforma del Código Penal que aborde estas cuestiones. Al fin y al cabo, la política criminal no deja de ser una herramienta más del legislador que como el resto de decisiones políticas se adopta desde la lógica propia de éstas, esto es, en términos de eficacia y eficiencia, siempre que, claro está, no se traspasen los límites fijados por la Constitución¹.

Ahora bien, en nuestra opinión, consideramos que circunscribir exclusivamente al ámbito del franquismo o la guerra civil las posibles futuras conductas delictivas que se quieran introducir es un error, además de un evidente sesgo punitivo que pudiera restar legitimidad a la pretendida reforma. En todo caso, deberían quedar englobados movimientos como pueden ser el franquismo, el fascismo, el nacionalsocialismo, el falangismo, el nacionalcatolicismo, o el comunismo, entre otros. Sin rehuir de nuestra historia más reciente, marcada desgraciadamente por la dictadura franquista, la reforma del Código Penal en este ámbito no debería convertirse en un arma de propaganda política,

¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Política y delito», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 19-21.

ni debería ser propiedad o atribuible a quienes se adjudican de forma excluyente la bandera del llamado «progresismo». En este sentido, la citada y previsible reforma del Código Penal en este ámbito debería ser fruto de un debate sosegado acerca de su necesidad y conveniencia, en el que debiera escucharse la opinión de los correspondientes expertos, y recabar los informes preceptivos. Y debería ser indiscutiblemente, llegado el caso, fruto del mayor consenso parlamentario posible. Lo anterior permite evitar posibles vicios de inconstitucionalidad y derogaciones inminentes ante cualquier cambio de Gobierno.

Quisiéramos advertir también al lector de que el presente texto no constituye un trabajo de derecho comparado, lo cual sobrepasaría nuestras expectativas iniciales². En este sentido, y si bien somos conscientes de que la legislación penal de algunos países con experiencias dictatoriales similares a la nuestra sí contemplan, *mutatis mutandis*, la tipificación de delitos como los que a continuación se tratarán, el objetivo de este artículo no es otro que realizar una aproximación a la temática referida desde una perspectiva nacional, dado que se trata de la primera vez que en nuestro país una reforma de este tipo puede ver la luz gracias a la receptividad que este tema suscita en el seno del actual Gobierno de coalición formado por PSOE y Unidas Podemos y los apoyos parlamentarios que podrían obtener. En cuanto a esto último, debemos señalar que prestaremos una especial atención a dos iniciativas parlamentarias registradas en el Congreso de los Diputados en 2017 para introducir nuevas figuras delictivas en este ámbito: la proposición no de ley de ERC³ y la proposición de ley del PSOE⁴.

Por último, indicar que el presente trabajo obedece al propósito de plantear las líneas generales de política criminal que debieran seguirse en esta materia, así como a la revisión de las concretas formulaciones de los tipos penales propuestos para determinar si respetan los principios informadores de toda intervención penal: *ultima ratio*, subsidiariedad, fin legítimo, proporcionalidad, taxatividad, etc. En consecuencia, no encontrará el lector una propuesta de *lege ferenda* que abogue por la aniquilación o persecución mediante el Derecho penal de determinadas ideologías que, por deleznable que nos parezcan, deben ser respetadas. De lo que se trata es de discernir hechos (que no ideas) que pudieran tener cierta relevancia a efectos penales y, en consecuencia, que sean susceptibles del correspondiente reproche penal.

² *Vid.*, por ejemplo, un análisis comparativo de los delitos de apología y enaltecimiento del franquismo respecto de la regulación alemana en ROIG TORRES, M.: «El delito de apología y enaltecimiento del franquismo. Contraste con la regulación alemana», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.

³ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 208, 14 de septiembre de 2017.

⁴ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

II. NUEVOS TIPOS PENALES: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En las líneas que siguen, trataremos de esbozar básicamente aquellas figuras delictivas que, a nuestro juicio, debieran ser merecedoras de castigo. Para ello, no sólo aludiremos a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través de las mismas, sino, también, a la ubicación sistemática que se debiera dar a dichos preceptos.

II.1 Enaltecimiento, apología y reintroducción de sistemas dictatoriales

II.1.1 CONDUCTAS DELICTIVAS

La proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, presentada el 22 de diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista, contemplaba la introducción de un art. 510 bis CP en el que, entre otras cosas, se sancionara en su apartado segundo b) con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a «*quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución*». Señalándose que los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a cuatro meses «*cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo*».

En el pretendido precepto queda contemplado el enaltecimiento o justificación del franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución. Por tanto, se trata de figuras de enaltecimiento y justificación de corte similar a las previstas en tipos penales vigentes como los que a continuación traemos a colación:

– Art. 510.1. c) CP: Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses quienes «*Públicamente (...) enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se*

hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

– Art. 510. 2. b) CP: Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: *«quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución».*

– Art. 578.1 CP (terrorismo): *«El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución (...) se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses».*

Como podrá apreciar el lector, son los únicos supuestos en los que se criminaliza el ensalzamiento o la defensa de la comisión de determinados delitos, sus autores o quienes participen en ellos⁵. De forma que no es delictivo, por ejemplo, alabar –sin más– que una determinada persona haya cometido una violación. En este sentido, convendremos en que, por tratarse de delitos especialmente graves (al menos los de genocidio, lesa humanidad y de terrorismo lo son –no tanto los delitos de odio en sentido estricto–), podría resultar razonable defender que dichas conductas sean merecedoras de sanción y, por extensión, también el enaltecimiento del franquismo, etc. Sin embargo, en el caso que aquí nos ocupa (al igual que en esos tipos de conductas), aun cuando sería demasiado pretencioso por nuestra parte afirmar que el enaltecimiento o la defensa de regímenes totalitarios sanguinarios forme parte del derecho de

⁵ Debe criticarse, por una parte, que el legislador haya reconvertido el enaltecimiento del genocidio y los crímenes de lesa humanidad (así como a los autores de tales infracciones) en una especie de delitos de odio a través de la cláusula *«cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».* Y, de otra parte, debemos mostrarnos más beligerantes todavía cuando se tipifica el enaltecimiento de los delitos de odio en sentido estricto (art. 510. 2 b) CP) y quienes participen en su ejecución; desfigurando así, a nuestro juicio, lo que en puridad debería entenderse por delitos de odio.

libertad de expresión contenido en el art. 20.1. a) CE, creemos que la vía para castigar, en su caso, dichos comportamientos (lo cual ya nos genera dudas), debería ser otra distinta a la penal⁶.

Por tanto, a nuestro juicio, los tres tipos de enaltecimiento previstos actualmente en nuestro Código Penal debieran ser despenalizados⁷. Y, naturalmente, por coherencia, no tendría que tipificarse jamás una infracción que consistiera en la justificación de cualquier tipo de régimen dictatorial criminal. De forma que, por mucho que tales hechos nos parezcan bochornosos, deleznable y merezcan el máximo reproche social, en ningún caso deberían ser castigados penalmente y, menos aún, con penas de prisión que pueden alcanzar los cuatro años.

Con todo, respecto al enaltecimiento de los delitos cometidos durante la guerra civil o el franquismo (o cualquier otro régimen dictatorial), cabría preguntarse si esta conducta no podría sancionarse ya a través del art. 510.2 b) CP que prevé que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: *«quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos»*. Este precepto, además, prevé, como también hace la propuesta del PSOE, que *«los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados gru-*

⁶ Con todo, a nuestro modo de ver, tampoco esto último debiera producirse.

⁷ *Vid.*, respecto del delito de enaltecimiento del terrorismo, los comentarios que realizan CARBONELL MATEU, J. C.: «Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»», en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-358. MIRA BENAVENT, J.: «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional», en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 299-330. CORRECHER MIRA, J.: «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017.

pos». Por tanto, el esquema contemplado en la propuesta del PSOE es idéntica a la del art. 510.2 b) CP: regula por un lado el enaltecimiento; y, por otro, crea una agravación como delito de odio, lo cual impediría plantear una situación concursal entre ambos delitos.

En cualquier caso, la propuesta del PSOE, en los términos en que esta es concebida, vulnera el principio de legalidad, pues, literalmente pretende castigar a «*quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución*». Dicho precepto se alejaría, por tanto, de la literalidad de otros artículos como el 510.1. c) CP, el 510. 2. b) CP, o el 578.1 CP, en los cuales el enaltecimiento se vincula a ciertos delitos o a sus autores.

Acción distinta a la del enaltecimiento es la apología. Configurada como una forma de provocación, el art. 18.1 II CP la define como «*la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*». Por tanto, *a priori*, la apología parece consistir, a su vez, en un acto de ensalzamiento o enaltecimiento del delito o sus autores, pues, a ellos se hace alusión. Pero, en cambio, no es así. La apología, como forma de provocación exige que con el ensalzamiento del delito o enaltecimiento del autor se incite directamente a cometer un delito. Por tanto, habrá enaltecimiento –en sentido estricto– cuando sólo se alabe o ensalce delitos o sus autores, pero nada más.

Respecto de la simple provocación, la apología se distingue por el trasfondo ideológico o doctrinal que hay tras la difusión de determinados mensajes o consignas dirigidas al público. Debiéndose reparar en el hecho de que si a la provocación (entiéndase también el acto apologético) hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción (art. 18.2 II CP). Por último, debe recordarse que la provocación (y la apología) como acto preparatorio sólo será punible en aquellos supuestos en los que así lo prevea el Código Penal (art. 18.2 CP), de forma que sólo la incitación a la comisión de determinados delitos podrá ser castigada.

La conclusión que extraemos de todo lo anterior es que nuestro Código Penal ya permite castigar la mal llamada apología «del franquismo» (o de cualquier otro régimen), pues, lo que se castiga en ella es la «promoción», «fomento» o, en puridad, «incitación directa» a cometer un delito, esté detrás de ésta el escenario o contexto ideológico o doctrinal que se quiera. Así, la

incitación a la perpetración de delitos tales como los de homicidio y asesinato (art. 141 CP), lesiones (art. 151 CP), detenciones ilegales y secuestros (art. 168 CP), y genocidio o lesa humanidad (art. 615 CP) en el marco de un discurso franquista, nacionalsocialista, comunista, etc., podría ser delictiva.

Ahora bien, para que esto último ocurra, como exige el propio art. 18 CP, hay que constatar si, efectivamente, de la naturaleza y circunstancias de la exposición/difusión de las «ideas» o «doctrinas» realizada se desprende que exista una incitación directa a cometer un delito. Para apreciar este último requisito que, por otra parte, deviene esencial, se precisa comprobar de forma casuística aspectos como el alcance, la seriedad, la intencionalidad o la idoneidad del mensaje propagado.

En relación con esto último, resulta cuanto menos paradójico que el Código Penal eleve a la categoría de delito el enaltecimiento cuando se trata de una conducta que reviste una menor entidad que la apología, la cual, en cambio, se configura como un acto preparatorio (con todas las críticas que ya de por sí suscita este hecho).

Para cerrar estas reflexiones en torno a la regulación que el Código Penal hace respecto de la apología, consideramos oportuno tratar tres aspectos de gran interés:

A) Como indicábamos líneas más arriba, la distinción entre la provocación y la apología (como modalidad de aquélla) viene dada por el ámbito ideológico o doctrinal (utilizando la terminología del Código Penal) en que ésta última transcurre. En relación con esta cuestión podría argumentarse que, precisamente, el inciso segundo del art. 18.1 CP resulta superfluo o redundante, por cuanto la mera provocación (la del inciso primero) ya abarcaría la apología, pues no hace distinción del contexto en que la incitación –directa– tiene lugar⁸. Sin embargo, al igual que un sector mayoritario de la doctrina, consideramos que, en realidad, lo que el legislador pretendió con la definición de la apología era reducir el ámbito de aplicación de este acto preparatorio punible por cuanto la incitación directa se produce en un contexto que pudiera quedar amparado por la libertad de expresión. De ahí la importancia de atender al contenido, escenario y medios concretos que construyan el discurso apologé-

⁸ Algunos autores, como por ejemplo ALONSO RIMO, manejan un concepto de apología limitado al enaltecimiento del delito o de sus autores, de forma que en el momento en que a la «apología» le sigue una incitación directa a la comisión de delitos entonces deja de ser apología para convertirse en provocación. ALONSO RIMO, A.: «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 4, 2010, p. 24. Sin embargo, a nuestro juicio, dicho concepto se aleja de la definición legal de apología que nos brinda el Código Penal en el art. 18.1 II CP que considera que no existe apología si tras el «enaltecimiento» no hay incitación directa a la comisión de delitos.

tico para una interpretación sumamente restrictiva y acorde a los hechos enjuiciados. Resultan reveladoras, en este sentido, las palabras de Vives Antón, para quien el hecho de que el Código Penal de 1995 configurara la apología como una forma de provocación (y no como una mera apología) «sin duda, salva las objeciones que podrían oponerse a su sanción desde la perspectiva de estimar que se está penando el ejercicio de la libertad de expresión: la exposición de ideas»⁹. De ahí que la provocación «implique algo más que una mera comunicación de razones a favor de la realización del acto»¹⁰.

B) También desde algún sector doctrinal, sobre todo en materia de terrorismo, se ha afirmado que el enaltecimiento –del delito y/o su autor– constituye una apología débil (indirecta) o provocación implícita, mientras que la provocación directa a delinquir constituiría una especie de apología fuerte (incitación expresa)¹¹. Sin embargo, este tipo de interpretaciones (que podrían extenderse al resto de formas de enaltecimiento que prevé el Código Penal) aun cuando resultan loables, dado que tratan de restringir el campo de aplicación de tal figura, son contrarias a la ley¹². Por más que se quiera encontrar algún sentido al delito de enaltecimiento, no lo tiene, porque básicamente en él no se castiga nada; menos una incitación indirecta a delinquir.

C) No quisiéramos dar ideas al legislador, pero, por si acaso éste tuviese la «gran ocurrencia» de crear, a imagen y semejanza de los apartados 1 y 2 del art. 579 CP, formas específicas de apología (al margen del art. 18.1 CP) con la degeneración que ello supone del concepto legal –y a nuestro juicio estricto– de apología, debemos mostrar nuestro rechazo a tales posibles futuras intenciones: salvo que con ello se pretenda en un determinado ámbito delictivo generar un tipo privilegiado de apología.

Por último, el Grupo Parlamentario de ERC, por su parte, en su proposición no de ley de 2017 instó al legislador a incorporar el siguiente artículo:

«1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.»

⁹ VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 819.

¹⁰ *Ibid.*, p. 824.

¹¹ En este sentido se ha expresado, por ejemplo, MIRA BENAVENT, quien asocia la apología del delito con el castigo de «provocaciones indirectas o encubiertas». *Vid.* MIRA BENAVENT, J.: «El caso del diario «Eguin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1987, pp. 522-523.

¹² Así lo pone de manifiesto con gran acierto CUERDA ARNAU, M. L.: «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 128, 2007, p. 107 y ss.

2. *Se entenderá que incurren en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético.»*

La primera consideración que debemos hacer, y que se observa a simple vista, es que difícilmente un precepto que asigna la misma pena a conductas tan dispares como banalizar, hacer apología o enaltecer, puede pasar el test constitucional de proporcionalidad.

En segundo lugar, el artículo propuesto adolece de una flagrante coherencia, pues, menciona la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo, olvidándose de incluir en el listado de regímenes, por ejemplo, el comunismo u otros de corte similar.

En tercer lugar, como puede comprobarse, el apartado segundo del precepto arriba citado alude a los medios comisivos: desarrollo de cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético. Esta previsión resulta un tanto innecesaria y reiterativa puesto que, por un lado, la no concreción permitiría abarcar cualquier medio comisivo; y, por otro lado, la alusión que se hace en primer lugar a «cualquier acción» parece abarcar al resto de conductas que se describen (incluso podría generar confusión en el momento en que apareciese alguna modalidad no enumerada).

Por lo demás, pueden tenerse por reproducidas las consideraciones hechas más arriba.

Antes de concluir este epígrafe, quisiéramos dejar apuntada la íntima conexión existente entre conductas como el enaltecimiento y la apología con el delito de rebelión. Aunque, naturalmente, se trata de tres figuras diferenciadas (y de diversa entidad), no puede obviarse que el hilo conductor que subyace en ellas se enmarca, en el presente caso, en un contexto «político» común que puede comenzar por la exaltación del franquismo o cualquier otro sistema dictatorial (conducta que, a nuestro juicio, debiera ser atípica), pasando por la incitación a cometer determinados delitos bajo su amparo, hasta acabar en aquellos supuestos más graves en una férrea determinación por implantar tales sistemas de gobierno. Ciertamente es que el art. 472. 1.º CP considera reos de rebelión a quienes se alzaren **violenta** y públicamente para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, lo cual restringe de forma notable su aplicación, pero, precisamente este requisito (el de la violencia) pone de manifiesto la posibilidad de lograr el mismo objetivo por medios no violentos (lo cual incluso parece más factible), sin que ello tenga por el momento una respuesta penal a pesar de atentar igualmente contra nuestro sistema democrático.

II.1.2 BIEN JURÍDICO

Con la tipificación del delito objeto de comentario en el epígrafe anterior (el de enaltecimiento del franquismo o los delitos cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil o el franquismo), pudiera parecer que el legislador pretendiese otorgar protección a los valores, principios y libertades que constituyen nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De forma que, con su perpetración, se estarían socavando las bases del marco de convivencia del que hoy gozamos. Pero, si se observa, éste, que constituiría sin duda un valiosísimo bien jurídico digno de tutela sobrepasa con creces la descripción típica que se hace en el precepto. Dicho de otro modo, nos resulta difícil identificar en dicha conducta algún bien jurídico que pudiera ser ofendido. Por eso, más allá de considerar que esta forma concreta de enaltecimiento quede amparada por la libertad de expresión, lo que no nos genera dudas es que tal conducta resulta inocua a ojos del Derecho penal¹³.

II.2 Humillación a las víctimas

II.2.1 CONDUCTAS DELICTIVAS

La propuesta de art. 510 bis 2. a) CP formulada por el Grupo Parlamentario Socialista en el año 2017 proponía castigar con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a *«quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas a las que se refiere el apartado anterior por su condición como tales, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar*

¹³ Voces autorizadas como la de Vives Antón sí han sostenido, por el contrario, que el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento de sus autores, entendido como discurso político, no puede ser castigado en sí mismo en un régimen de libertad de expresión. Sin embargo, discrepamos de dicha posición al no considerar que la glorificación de un criminal y/o sus crímenes puede calificarse de discurso político aunque se produzcan o tengan de trasfondo dicho contexto. Cfr: VIVES ANTÓN, T. S.: «Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio», en CUERDA ARNAU, M. L. (compiladora): *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 509-510. En igual sentido, ROIG TORRES, M.: «El declive de la libertad de expresión: propuesta de penalizar un discurso político», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.) y LEÓN ALAPONT, J. (coord.): *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 738-739.

una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas mencionadas por su condición como tales».

En una primera aproximación a esta cuestión¹⁴, considerábamos que se trataba de una previsión acertada que debiera incorporarse en una futura reforma del Código Penal, si bien, no circunscrita únicamente a las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo. No obstante, advertíamos que la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista habla de «lesión de la dignidad de las personas»¹⁵, lo cual conduciría a una legitimación activa indeterminada (en puridad, sin limitaciones) para iniciar un proceso penal por tal infracción, configurándose así como un delito público¹⁶. Por el contrario, obsérvese que el art. 578.1 CP alude a que la humillación **de las víctimas** de los delitos terroristas **o de sus familiares** se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. En este sentido, señalábamos entonces que una configuración como delito privado (similar a la del art. 578.1 CP) permitiría restringir la activación de la acción penal sólo a las víctimas o sus familiares. Ahora bien, respecto de la penalidad, expresábamos que el citado precepto no debiera llevar aparejada pena de prisión, sino simplemente pena de multa de seis a doce meses.

Por el contrario, tras una reflexión más profunda, debemos corregir nuestro criterio anterior, entendiendo que las conductas previstas en el precepto propuesto y en los vigentes arts. 510.2 CP y 578.1 CP debieran despenalizarse¹⁷. Cabría pensar, no obstante, que tales hechos podrían ser reconducidos al delito de injuria del art. 208 CP que establece que «*es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*». Sin embargo, no consideramos que

¹⁴ LEÓN ALAPONT, J.: «Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos», *Diario La Ley*, núm. 9572, 2020.

¹⁵ El vigente art. 510.2 CP emplea también esta redacción imprecisa.

¹⁶ En sentido idéntico se pronuncia el actual art. 510.2 a) CP, que castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a: «*quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos*».

¹⁷ *Vid.*, respecto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo, los comentarios que realizan CARBONELL MATEU, J. C.: «Crítica a los sentimiento como bien jurídico penal», cit. MIRA BENAVENT, J.: «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional», cit. CORRECHER MIRA, J.: «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas», cit.

ello sea posible, dado que la propuesta de art. 510 bis 2. a) CP alude a lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito; a diferencia del art. 208 CP que habla de lesionar la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En todo caso, si finalmente el legislador incorporase en el acervo punitivo dicho delito, estimamos debiera hacerlo mediante la creación de un tipo específico de injurias (con una penalidad semejante a la prevista en el art. 209 CP)¹⁸. Esto último coadyuvaría a que sólo aquellas injurias «*tenidas en el concepto público por graves*» fueran constitutivas de delito. Ahora bien, no es ésta nuestra opción, de forma que tales actos de humillación, menosprecio o descrédito, debieran reconducirse a la vía civil.

II.2.2 BIEN JURÍDICO

En la propuesta legislativa del grupo parlamentario socialista parece quedar claro que el bien jurídico tutelado sería la dignidad (de las víctimas o de sus familiares). En este sentido, como ya hemos advertido, también el art. 208 CP habla de lesionar la dignidad de otra persona. Con todo, el bien jurídico que allí se protege es el honor (la fama, reputación, prestigio) de una persona. Y, en el delito de humillación de las víctimas o de sus familiares parece estarse protegiéndose otra vertiente de la dignidad de la persona distinta al honor, como puede ser la integridad moral.

II.3 Odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas

II.3.1 CONDUCTAS DELICTIVAS

La propuesta de art. 510 bis 1 CP del Grupo Parlamentario Socialista establecía que:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales.

¹⁸ Multa de tres a siete meses, y de seis a catorce si concurre publicidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales.

Como puede observarse, la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista plantea en realidad un tipo especial de delito de odio. Con todo, podría formularse la duda de si con la actual redacción del art. 510.1 CP no quedaría ya abarcada la promoción del odio hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de regímenes totalitarios sanguinarios.

Téngase presente que la vigente redacción del art. 510.1 CP alude de forma abierta a:

«a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.»

No obstante, si finalmente se tipificara el citado delito, despejándose así las dudas arriba planteadas, consideramos que, una vez más, debería suprimirse la referencia a las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo y sustituirse por la ya apuntada al inicio de este trabajo.

Ahora bien, la pena de prisión contemplada en la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, de uno a cuatro años, nos parece desproporcionada. En este sentido, consideramos que una pena razonable sería la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, de forma que, pudiera entrar en juego la figura de la suspensión de la pena. Por otro lado, la propues-

ta aquí estudiada parece configurar dicho delito como público (a efectos de su persecución) –en línea con la configuración del vigente art. 510 CP–.

Con todo, la más que manifiestamente mejorable regulación de los delitos de odio contempla una pluralidad de conductas que no debieran quedar abarcadas, en nuestra opinión, por el Derecho penal¹⁹. Así, por ejemplo, el odio, el rencor, etc, son **sentimientos** –además, plenamente legítimos–, por lo que su fomento debiera quedar extramuros del *ius puniendi*. Más discutible sería el hecho de promover actos discriminatorios, pues, en principio el Código Penal castiga algunos de éstos (bien indirectamente a través de la agravante del art. 22. 4.ª CP, o bien directamente a través de delitos como el del art. 314 CP) por lo que la incitación a la discriminación en algunos casos podría constituir una incitación directa a delinquir. Pero, sin duda, tanto la incitación a la hostilidad como a la violencia, se dirijan a un grupo de personas o a una sola, se lleven a cabo por uno u otro motivo, pueden reconducirse a través de la figura de la provocación (art. 18 CP). Sucede eso sí, que el número de delitos en que se castiga tal acto preparatorio es reducido, pero, entre ellos están, por ejemplo, las lesiones. Y también es cierto que el art. 510 CP contempla la incitación **indirecta** (lo cual es una barbaridad), y no así el art. 18 CP, pero, es que en algún momento deben aflorar los límites del Derecho penal. Por todo ello, también estimamos conveniente la no inclusión de las conductas propuestas en el futurible art. 510. bis CP.

Pero es que no debe olvidarse que las amenazas a dicho colectivo ya quedarían abarcadas en el actual art. 170.1 CP, que reza así: *«si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior»*.

Las penas previstas en el *artículo anterior* (el art. 169 CP) son las siguientes:

1) pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

¹⁹ *Vid.*, la acertada crítica que expone GALÁN MUÑOZ, A.: «Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, núm. 46, 2020, pp. 41-66.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2) Pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

II.3.2 BIEN JURÍDICO

En el caso del actual art. 510 CP parece razonable sostener que el bien jurídico tutelado en dicho precepto es la igualdad, en los términos expuestos por el art. 14 CE²⁰. Como resulta evidente, dicho artículo no propugna el derecho a no ser discriminado por ser «víctimas de» o «familiares de aquéllas», pero, tampoco hay que hacer un excesivo esfuerzo para entender que, en cierto modo, del espíritu que encierra el mencionado precepto así podría desprenderse o quedar justificado. De forma que, también en el caso que aquí nos ocupa, éste podría ser el bien jurídico protegido. Ahora bien, también es cierto que tratándose de un motivo de discriminación por ostentar una condición muy específica (la de ser «víctima o familiar de»), podría entenderse que el bien jurídico protegido en este caso sería otro distinto del apuntado anteriormente, puesto que no habría en sí un verdadero hecho diferenciador de carácter identitario (como sí sucede, por ejemplo, cuando se alude a la raza, religión, ideología, sexo, etc.).

En todo caso, la distinción del delito de humillación con el futurible delito de odio del art. 510 bis 1 CP) se presenta más nítida. En este sentido, parece pacífica la idea de que una cosa es vilipendiar a las víctimas de regímenes totalitarios criminales o a sus familiares y, otra bien distinta, promover su odio hostilidad, discriminación o violencia, en condición de tales. En consecuencia, entre ambas figuras delictivas podría llegar a plantearse un concurso real de delitos.

II.4 Ubicación sistemática en el Código Penal

Aunque cierto es que la sistematización de un precepto bajo una determinada rúbrica puede ofrecer ciertos criterios exegéticos, consideramos que éste

²⁰ El art. 14 CE establece que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

es un debate estéril, pues, en nuestra opinión, lo realmente importante es que entre los tipos penales queden configurados de la forma más precisa posible y de forma harmónica con otros preceptos con los que guarde cierta relación.

A pesar de lo anterior, al igual que las propuestas del Grupo Parlamentario Socialista y de ERC, consideramos que la ubicación más adecuada sería dentro de la Sección 1.^a (*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*), del Capítulo IV (*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*), del Título XXI (*Delitos contra la Constitución*), mediante la creación del art. 510 bis CP (lo cual obligaría a trasladar el contenido actual de ese precepto al art. 510 ter CP).

III. POSICIONAMIENTOS NEGACIONISTAS: BREVE APUNTE ACERCA DE SU INCRIMINACIÓN.

El vigente art. 510.1 c) CP castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a quienes: *«públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos»*.

La redacción del citado precepto no puede ser más enrevesada y confusa, además de que da un tratamiento unitario a conductas dispares. Por ello, aunque tengamos serias dudas de que la negación o trivialización de regímenes dictatoriales criminales pueda encajar en este precepto, debemos hacer la siguiente apreciación: tanto si se considera que la negación o banalización de dichos regímenes queda abarcada por dicho precepto como si no, en ningún caso, bajo nuestro prisma, dichas conductas debieran ser delictivas y, menos aún, ser castigadas con penas de prisión de hasta cuatro años. De hecho, la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista no hace mención alguna a ello (sí la proposición no de ley que en su día hizo ERC). En este sentido, una vez más, estimamos que dicho tipo de manifestaciones reprobables desde el punto de vista ético o moral, no deben ser alcanzadas por las fauces del Derecho

penal. Así pues, compartimos la opinión de Borja Jiménez, quien con ocasión de la negación de los delitos de genocidio, expresó que no debería ser considerada una actitud perseguible, puesto que esto nos llevaría a establecer verdades oficiales u objetivas sobre hechos históricos abiertos a debate que, aunque ciertamente perversas, son únicamente la exteriorización de unas opiniones, no siendo tarea del Derecho penal el castigo de pareceres disidentes o la repro-bación de investigaciones inanes²¹.

De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse, respecto del Holocausto, señalando que «*las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia–, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C. E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos*»²². Por su parte, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio del art. 607 CP²³.

Algunos autores han diferenciado entre la conveniencia de no castigar a los defensores de las tesis negacionistas y la necesidad de hacerlo respecto de quienes «relativicen» determinados hechos históricos, alegando que «éstas se diferencian de las negacionistas en que concurren a este discurso juicios de valor humillantes, despectivos o denigrantes en contra de las víctimas»²⁴. Sin embargo, en nuestra opinión, esta respetable postura consideramos no se sostiene desde el momento en que la negación de los mismos parece ser más grave que la simple banalización, de forma que si no se criminalizan aquéllas menos razón existe para tipificar éstas.

²¹ BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, Comares, 1999, p. 300 y ss.

²² STC 217/1991, de 11 de noviembre (FJ. 8). *Vid.* también, STC 235/2007, de 7 de noviembre (FJ. 4).

²³ Debe destacarse la forma subrepticia en la que el legislador retomó no obstante la negación de los delitos de genocidio y lesa humanidad, entre otros, en el vigente art. 510.1 c) CP, «reconvirtiéndolos» mediante una pésima técnica legislativa en una especie de delitos de odio, a través de la cláusula «*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*».

²⁴ GASCÓN CUENCA, A.: «La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, p. 195.

IV. OTRAS CONDUCTAS: PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

A continuación, haremos alusión a una serie de conductas que por su escasa entidad no debieran ser merecedoras del más mínimo reproche penal por no afectar a bien jurídico alguno.

A título meramente ilustrativo, podrían citarse los siguientes ejemplos:

- a) Celebrar misas en honor a Franco.
- b) Homenajes a Miguel Primo de Rivera.
- c) Concentraciones/manifestaciones ante símbolos que representen regímenes dictatoriales o que se lleven a cabo para ensalzar sus «logros».
- d) Exhibir banderas preconstitucionales o esvásticas, etc.
- e) Cantar el «cara al sol» u otro tipo de letras o canciones que exalten tales dictaduras o regímenes totalitarios.

A nuestro juicio, este tipo de acciones u otras de corte similar deben quedar amparadas por la libertad de expresión (pilar fundamental de nuestro Estado democrático y social del Derecho) y a quienes las promueven sólo cabría tildarlos de «nostálgicos», pero, no de delincuentes. Otra cosa es que determinadas conductas pudieran constituir algún tipo de alteración del orden público que constituyera una infracción de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; que se tratara de una manifestación que no contara con la aprobación de la Delegación del Gobierno de turno; o, que fueran constitutivas de delitos como los de manifestación ilegal (arts. 494 CP, 513 CP y 523 CP) o desórdenes públicos (arts. 557 y ss. CP); etc.

V. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Llegados a este punto, debemos señalar que en la *Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática*²⁵ presentada en enero del año 2020 por el Grupo Parlamentario Socialista, se prevén, entre otras cuestiones, las siguientes infracciones y sanciones:

Artículo 15. Infracciones.

1. *Son infracciones muy graves:*

El traslado de los restos de víctimas de la Guerra Civil española o la dictadura sin la autorización administrativa correspondiente.

²⁵ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 47-1, 31 de enero de 2020.

La destrucción de fosas de víctimas de la Guerra Civil española y la dictadura.

La destrucción o menoscabo de lugares declarados como Lugar de Memoria Histórica, cuando las características del lugar o la gravedad de los hechos justifiquen su calificación como muy grave.

La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público, de actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos.

2. *Son infracciones graves:*

La destrucción o menoscabo de lugares declarados como Lugar de Memoria Histórica, cuando no constituya infracción muy grave.

La realización de excavaciones para la localización o exhumación de restos sin haber obtenido la autorización administrativa correspondiente.

La falta de comunicación a las autoridades competentes de los hallazgos de restos de víctimas.

El mantenimiento de simbología de exaltación de la dictadura franquista.

3. *Son infracciones leves:*

El deterioro de las placas identificativas de los Lugares de Memoria Histórica.

Artículo 16. Sanciones.

1. *Las infracciones previstas en esta ley se sancionarán mediante la imposición de sanciones pecuniarias y, cuando proceda, de sanciones no pecuniarias.*

2. *Las infracciones tipificadas en esta ley se podrán sancionar con sanciones pecuniarias, que consistirán en multas de cuantías comprendidas entre los siguientes importes en función de la gravedad de la infracción y respeto al principio de proporcionalidad:*

- a) *Para infracciones muy graves: multa entre 10.001 a 100.000 euros.*
- b) *Para infracciones graves: multa entre 2.001 a 10.000 euros.*
- c) *Para infracciones leves: multa entre 200 y 2.000 euros.*

3. *La multa podrá llevar aparejada alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción:*

a) *El cierre temporal, por un período de seis meses y un día a dos años, de los locales o establecimientos públicos donde se realicen actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco.*

b) *El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya adquirido legalmente.*

c) *La pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas de las Administraciones públicas en materia de memoria histórica, así como el reintegro total o parcial de las subvenciones obtenidas, durante los cinco años anteriores, en esa misma materia.*

De las infracciones que se contemplan en la citada proposición de ley debemos resaltar, por conexión con nuestro objeto de estudio, la siguiente: la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público, de actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos. Esta infracción, calificada como muy grave, sanciona curiosamente al titular o responsable del espacio en que se lleven a cabo los distintos actos que se enumeran en el art. 15.1, pero, no a quienes participen en él. De esta forma, se observa la preferencia del legislador por acudir directamente a la vía penal para castigar a los protagonistas de dichas actuaciones. La sanción –vía administrativa– de quienes realizasen actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco, sería una opción legislativa ya de por sí de dudosa legitimidad, pero, lo que resulta intolerable es elevar dichas conductas a la categoría de delito por los motivos aducidos más arriba.

VI. ILEGALIZACIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

La *Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática del Grupo Parlamentario Socialista* contempla en su Disposición final tercera la *Ilegalización de personas jurídicas*, de forma que: «*En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, con el objeto de declarar ilegales las asociaciones y fundaciones que públicamente inciten directa o indirectamente al odio o violencia contras las víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo por su condición de tales*».

Respecto de esta propuesta, varias son las cuestiones que merecen ser analizadas.

En primer lugar, sorprende que la búsqueda «ilegalización» no incluya ni el enaltecimiento ni la humillación a las víctimas (en coherencia con la propuesta vista más arriba). Con todo, consideramos que se trata de una previsión innecesaria, pues, basta con hacer una lectura del art. 2 LODA y del art. 3 de la Ley de Fundaciones para entender que una asociación o fundación que incite a la violencia puede ser disuelta judicialmente. La intención del Gobierno del PSOE y PODEMOS es la ilegalización de determinadas entidades como la Fundación Francisco Franco, pero, establecerlo así directamente vulneraría claramente el derecho de asociación y fundación reconocidos, respectivamente, en los arts. 22 y 34 CE.

En segundo lugar, el art. 515. 4.º CP considera asociaciones ilícitas «*Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad*». Por tanto, esta sería una vía más adecuada, llegado el caso, a través de la cual proceder a la disolución de dichas entidades (art. 520 CP), con las garantías que proporciona el proceso penal. Incluso, aun cuando la propuesta de incriminación de las conductas propuestas no viera la luz (como esperamos).

No obstante, a nuestro parecer, la «ilegalización» de asociaciones, fundaciones, incluso, partidos políticos, debería llevarse a cabo mediante el art. 510 bis CP, que prevé la imposición de la pena de multa de dos a cinco años a la persona jurídica que conforme al art. 31 bis CP sea responsable de los delitos previstos en el artículo 510 CP. Pudiéndose aplicar también, en su caso, las

penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP (entre ellas la disolución)²⁶. Esta solución nos parecería más lógica, ya que como hemos visto, la propuesta del PSOE contempla la inserción de los delitos aquí estudiados en dicho precepto. En consecuencia, la posible «ilegalización» (o la imposición de otras consecuencias jurídicas) no debería articularse a través de la reforma propuesta de la LODA y la Ley de Fundaciones, ni del art. 515 CP, sino a través del mecanismo previsto en los arts. 31 bis y ss. CP sobre atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas²⁷. Con todo, la cuestión más controvertida en este ámbito delictivo podría ser, a nuestro juicio, la concurrencia de una actuación *en beneficio directo o indirecto* de la persona jurídica (exigida por el art. 31 bis 1 CP, entre otros criterios de imputación)²⁸. En cualquier caso, resultará de especial interés la adopción de los denominados planes de cumplimiento penal (*criminal compliance programs*) para tratar de prevenir la comisión de dichos delitos y, llegado el caso, exonerar o atenuar la responsabilidad penal de la entidad²⁹.

VII. CONSIDERACIONES ÚLTIMAS

Queremos iniciar esta reflexión final con una idea recurrente en el ámbito de la libertad de expresión como es la noción de democracia militante. Nuestro Tribunal Constitucional, en numerosas ocasiones, ha reiterado que la nuestra no es una democracia militante, esto es, que pueden defenderse otras ideas no concordantes con nuestro sistema democrático siempre y cuando se haga por los cauces previstos para ello en nuestro texto constitucional³⁰. Esta concep-

²⁶ Se trata, junto a la disolución, de las siguientes penas: suspensión de sus actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; e, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

²⁷ Tras la introducción en 2010 del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la atribución de determinados delitos a éstas debe producirse mediante el sistema contemplado en los arts. 31 bis y ss. CP, en detrimento de otros sistemas de ilegalización que puedan preverse en el art. 515.1 CP, LOPP, LODA o Ley de fundaciones. *Vid.*, sobre la necesaria preeminencia de los arts. 31 bis y ss. CP, LEÓN ALAPONT, J.: *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 192 y ss.

²⁸ *Vid.*, sobre el debate en torno a esta cuestión y su problemática, LEÓN ALAPONT, J.: *Compliance Penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 80.

²⁹ *Vid.*, sobre estos mecanismos, LEÓN ALAPONT, J.: «*Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP*», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-36.

³⁰ SSTC 176/1995, de 11 de diciembre; 48/2003, de 12 de marzo; 5/2004, de 16 de enero; 235/2007, de 7 de noviembre; 12/2008, de 29 de enero; 31/2009, de 29 de enero; 43/2009, de 12 de febrero; 126/2009, de 21 de mayo, y, 42/2014, de 25 de noviembre, entre otras.

ción es la que en realidad ha inspirado nuestras consideraciones político-criminales en torno a la introducción de los delitos que aquí han sido objeto de análisis, de ahí que hayamos desechado incriminar ciertos tipos de conductas que deberían quedar fuera del alcance del Derecho penal y que incluso pudieran quedar abarcadas por el derecho a la libertad de expresión en relación con la libertad ideológica.

Lo anterior enlaza con otra idea íntimamente conectada cual es la del populismo punitivo, entendido como una forma de «gobernar a través del delito»³¹. A este respecto, el Código penal no se puede utilizar como arma contra una cierta ideología. Las ideas no deben perseguirse penalmente, sí los hechos. Así las cosas, no podemos penalizar a quienes propugnan la recentralización del Estado (aun cuando la Constitución dice que el nuestro es un Estado autonómico), a quienes defienden la república como forma de Estado (aun cuando la Carta Magna configure a nuestro país como una monarquía parlamentaria), a quienes creen en la independencia de un determinado territorio (aun cuando el texto constitucional establezca la indisolubilidad de la Nación), o quienes quieran implantar un Estado islámico (aun cuando la Constitución afirme la aconfesionalidad del Estado). En igual sentido, tampoco puede castigarse penalmente a quienes defiendan el fascismo o el comunismo como forma de Gobierno: naturalmente, un régimen fascista o comunista no tiene porqué ser *per se* un régimen criminal (o al menos no todas sus acciones).

Por otro lado, si se quiere que el Derecho Penal siga siendo un auténtico instrumento de tutela de los más valiosos bienes jurídicos frente a los ataques verdaderamente más intolerables, entonces debemos huir de esa deriva «simbólica» a la que contribuirían preceptos como los aquí rechazados. E igualmente desechar cualquier atisbo de incriminación de conductas con una irrelevante o nula carga ofensiva.

Por ello hemos hecho especial hincapié en destacar que el Código Penal ya cuenta con mecanismos que permiten castigar la difusión de determinados mensajes que constituyan una incitación directa a delinquir. Es por tanto en el campo de los discursos apologéticos donde la exaltación de determinados crímenes o sus autores puede constituir efectivamente la génesis de futuras conductas delictivas. Pero, huelga igualmente señalar lo alejado que en ocasiones están dichos comportamientos de constituir un peligro para los respectivos bienes jurídicos, ya no digamos su lesión. En este sentido, el ya de por sí rece-

³¹ *Vid.*, sobre este concepto, ANTÓN-MELLÓN, J.; ÁLVAREZ, G. y ROTHSTEIN, P. A.: «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 43, 2017, pp. 15-17.

lo que genera dicho tipo de acto preparatorio punible por consistir en un adelantamiento de la barrera punitiva en ocasiones llevado al extremo, debe conducir a jueces y tribunales a hacer una aplicación del art. 18 CP lo más restrictiva más posible.

Por último, simplemente quisiéramos dejar apuntadas dos contradicciones y un olvido que, a nuestro juicio, merecen ser puestos de relieve: por un lado, es del todo incoherente que determinados partidos políticos aboguen y hayan presentado propuestas para despenalizar, por ejemplo, el delito de enaltecimiento del terrorismo y, a su vez, se muestren firmemente convencidos de la incriminación (con penas absolutamente desproporcionadas) del enaltecimiento del franquismo. Y, de otro lado, nos sorprende que, por ejemplo, la pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas (anterior art. 607.2 CP) se destipificara con la LO 1/2015, de 30 de marzo, y conductas mucho más nimias e irrelevantes como la negación o banalización de los delitos de genocidio, lesa humanidad, etc., sigan estando castigadas en el actual art. 510. 1 c) CP. Para finalizar, sorprende, sin embargo, que en la propuesta del PSOE no se incluya, como sí hacen los apartados tercero, cuarto y quinto del vigente art 510 CP, alguna cláusula de agravación o imposición supletoria de otro tipo de penas y consecuencias jurídicas, nos referimos en concreto a las siguientes:

«3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

5. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.»

En cualquier caso, y aun cuando desconozcamos si se trata de un olvido, la no previsión de dichos apartados debe ser bienvenida, pues, no consideramos aceptable que se pudiera introducir la agravante prevista en el actual art. 510. 4 CP por su elevado grado de indeterminación: *«Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado»*.

AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES: ENTRE UM TERTIUM GENUS E A DIGNIDADE PENAL (OU UM CASO DE EXPANSÃO DISSIMULADA DE DIREITO PENAL)

TIAGO DA COSTA ANDRADE

I. INTRODUÇÃO

Na linha do proclamado objetivo para o I Seminário Internacional de Jovens Penalistas da Associação Internacional de Direito Penal, entendemos que um dos temas que marcará os anos vindouros, em Portugal, tem que ver com os movimentos de aproximação e afastamento entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório¹. O debate não recairá tanto sobre a legitimidade de todo o (também chamado) direito contraordenacional, cujas raízes são já profundas no ordenamento jurídico nacional. Antes, cremos que a atenção estará voltada, sobretudo, para a profusão legislativa e para a aplicação das normas de direito e processo contraordenacional pelas autoridades reguladoras setoriais e transversais –v.g. nos domínios bancário e financeiro, do mercado de valores mobiliários, da concorrência, energético, das comunicações, am-

¹ A expansão do direito penal é um dos temas centrais dos debates levados a cabo pelos cultores de um direito penal liberal. Contudo, cremos que, na terceira década do século XXI, será fundamental dedicar a mesma atenção à expansão do direito contraordenacional. O direito contraordenacional moderno ultrapassou o potencial de intervenção que lhe era augurado na sua génese, resultando numa normatividade mal calibrada entre os princípios legitimadores das normas de mera ordenação social, a sua evolução normativa e o direito aplicado. Um desalinhamento substantivo que distopicamente se manifesta no processo e em prejuízo dos direitos de defesa.

biental, fiscal, farmacêutico, do combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e da luta contra a violência no desporto— e pelos tribunais.

Nos referidos setores, as denominadas *grandes contraordenações* são criadas por leis que estabelecem mais e mais exceções ao regime geral do direito administrativo sancionatório português², com soluções que obliteram os direitos fundamentais processuais do arguido que se vê confrontado com a ameaça de sanções milionárias. Estas *grandes contraordenações* encontram-se mais próximas do direito penal, em razão da medida da sanção e dos bens jurídicos tutelados, do que com as clássicas contraordenações, criando assim uma disrupção lógica e axiológica no sistema jurídico sancionatório que importa mitigar ou eliminar³.

II. A EXPANSÃO DO DIREITO CONTRAORDENACIONAL E AS GRANDES CONTRAORDENAÇÕES

Em apertada síntese, o direito contraordenacional português é direito administrativo sancionatório, na mesma linha das *Ordnungswidrigkeiten* alemãs. É-lhe reconhecida uma função de proteção de bens jurídicos que, à luz do princípio da necessidade, não justificaria uma entrada em cena do direito criminal.

O direito das contraordenações nasceu, na Alemanha Federal, com dois propósitos de índole pragmática: *desentupir* os tribunais dos processos por infrações de menor gravidade⁴ e permitir ao Estado intervir de forma célere e com um procedimento legislativo simplificado na regulação de comportamentos de áreas complexas da economia e da sociedade à luz do ideário social⁵. Em Portugal, no período posterior à Revolução de Abril de 1974, replicou-se o modelo alemão, adaptando-o à realidade política e económica nacional caracterizada pelas nacionalizações de empresas de importância estratégica e estru-

² O regime geral foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, encontrando-se, hoje, em vigor a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro. Todas as referências legislativas reportam-se às vigentes em 18 de dezembro de 2020.

³ As *grandes contraordenações* correspondem a uma categoria, por ora, sem específico valor normativo, sendo normalmente definidas, estudadas e problematizadas a partir do contraste com as contraordenações bagatelares clássicas.

⁴ Como infrações rodoviárias, de direito do consumo, de direito do urbanismo, etc.

⁵ Como infrações laborais, à segurança social, de regulação do mercado, do setor energético, etc. Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as «grandes contraordenações»», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 471.

tural para o país (energia, água, transportes, serviços postais, telecomunicações, etc.)⁶.

No plano dogmático, na senda da doutrina de E. Schmidt, crime distinguir-se-ia de contraordenação de acordo com um critério qualitativo ancorado na diferente ressonância ético-social do facto: crime para bens jurídico-penais, contraordenação para bens jurídico-administrativos. Procurava-se, portanto, depurar e racionalizar o direito penal, isolando-o do direito administrativo sancionatório que trataria das infrações de pequena gravidade relacionadas com a manutenção da segurança e tranquilidade públicas, apenas destas e nunca para além destas⁷.

Mais recentemente, com a influência dos movimentos de liberalização da economia e de privatização patrimonial da década de 1980, assistiu-se a uma tendência expansionista do direito contraordenacional português como meio sancionatório primordial contra infrações à extensa teia normativa produzida para os mais diversos setores económicos e sociais. A esta tendência não foi alheia a intensa política regulatória da União Europeia⁸.

A retirada do Estado da economia trouxe a necessidade de uma regulação musculada das atividades deixadas a cargo dos privados que a administração estadual passou a partilhar com entidades administrativas independentes. Incidindo sobretudo (mas, não só) sobre o mercado, procurava-se promover a eficiência e garantir um adequado equilíbrio entre o interesse público e o privado. Ao direito administrativo sancionatório caberia, portanto, garantir o funcionamento dos serviços de interesse económico geral, a concorrência e o sistema económico-financeiro⁹).

Em conformidade, aquela dogmática original do ideário qualitativo tem-se esbatido, devido à transposição da tutela dos bens jurídico-económicos – atualmente valorados como os de maior relevo para a organização e ordenação económico-social– do direito penal para o direito contraordenacional¹⁰. Há

⁶ Cfr. N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico na Era da Regulação», in *A Proteção dos Direitos Humanos face à Criminalidade Económica Globalizada. Atas da Conferência Internacional* (coord. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO), Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 89 e 101.

⁷ Cfr. H. ACHENBACH, «Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes und die großen Ordnungswidrigkeiten», in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Ausgabe 1/2020, S. 1 – 38, 15. Jahrgang, p. 3.

⁸ Esta pressão europeia exercida através de regulamentos e de diretivas que impõem a criação de sanções administrativas é precipitada pela elevada fragmentariedade da competência penal da União, nos termos do artigo 83.º do TFUE.

⁹ Sobre a legitimação conjunta do direito contraordenacional português no ideário liberal e da socialidade e o seu posterior desenvolvimento com os movimentos de privatização material e patrimonial, cfr: N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», pp. 91 e ss. e 99.

¹⁰ Designadamente, saindo do original Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro.

uma nítida tendência de convergência material entre os ilícitos penal e contraordenacional, sem distinção quanto à estrutura das infrações, gravidade do facto e bens jurídicos salvaguardados¹¹.

Se hoje olharmos para a área coberta pelo direito administrativo sancionatório observamos que se estendeu também a comportamentos que põem em causa bens jurídicos com iminente dignidade penal (v.g. estabilidade do setor financeiro, concorrência ou ambiente). Nesses casos, pune-se severamente os infratores com sanções milionárias, distantes da tradicional leveza sancionatória das contraordenações, apesar de resultarem de um processo largamente menos garantista do que o processual penal.

III. AS IDIOSSINCRASIAS PROCESSUAIS DE UMA EXPANSÃO SUBSTANTIVA DESPROPORCIONAL

Ainda que para a comunidade nem sempre seja evidente a expansão do direito contraordenacional, os arguidos acusados da prática das *grandes contraordenações* económico-financeiras estão bem cientes dos efeitos perniciosos causados pela categorização das infrações em causa como (*grandes*) contraordenações. Não só pela ameaça de coimas de valores *astronómicos*, mas pelo espinhoso trilho processual que nao raras vezes os impede de lograr uma verdadeira e cabal defesa. Vejamos alguns exemplos¹².

III.1 Os titulares do poder sancionatório e a (im)parcialidade

O estabelecimento de um modelo regulatório está umbilicalmente ligado à criação de entidades administrativas independentes com funções normativas, executivas e sancionatórias, desenhadas à imagem das agências reguladoras

¹¹ Assim, N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», pp. 102 e ss., não querendo com isto o autor defender uma perspetiva quantitativa, recusando o direito contraordenacional como um direito de bagatelas, atendendo designadamente ao facto de que é este que dirige as mais severas sanções às pessoas coletivas do nosso ordenamento jurídico.

¹² Além destes, mereceriam algumas (muitas) linhas os temas processuais da admissibilidade de buscas e apreensões no domínio contraordenacional, da sujeição do processo contraordenacional a segredo de justiça, da previsão de medidas cautelares desproporcionais e da responsabilidade solidária dos administradores e das pessoas coletivas pelo pagamento das coimas. Já num plano substantivo, destacaríamos, por exemplo, de responsabilidade objetiva, os atropelos ao princípio da culpa e da determinabilidade da lei contraordenacional e a punição da liberdade de expressão e associação previstos no Regime da Segurança e Combate ao Racismo, à Xenofobia e à Intolerância nos Espetáculos Desportivos.

norte-americanas¹³. Não obstante, o espírito regulatório transcendeu aquelas entidades, alcançando a administração direta do Estado, com um propósito sobretudo de regulação social, evidenciando a amplitude com que tem sido entendida a regulação setorial e transversal, em Portugal¹⁴.

Num olhar sobre o panorama português dos poderes sancionatórios encontramos não só entidades administrativas independentes do Estado (v.g. CMVM, ASF, Banco de Portugal, ERSE, ERS, ANACOM, ERC e CNPD), mas também entidades pertencentes à administração direta (v.g. Autoridade Tributária, ACT, ASAE, ANSR e Autoridade para a Prevenção e o Combate à Violência no Desporto) e à administração indireta do Estado (v.g. Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos do Turismo de Portugal, Comissão de Jogos do Turismo de Portugal, Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção e APA).

A concentração de poderes numa mesma entidade cria, desde logo, uma evidente irritação no arquetípico processo sancionatório estadual¹⁵. O direito administrativo sancionatório escapa ao alcance do princípio do acusatório não havendo uma separação entre a entidade que investiga e acusa e aquela outra que pune. Vigora antes um modelo de concentração, segundo o qual a entidade administrativa investiga, faz a instrução e sanciona. Contudo, esta matriz inquisitória tem sido genericamente tolerada, face à possibilidade de impugnação judicial das decisões administrativas sancionatórias.

Ademais, é duvidoso o modelo de financiamento de muitas dessas entidades, que passa por ter uma percentagem das receitas a provir das coimas aplicadas¹⁶. Se a autoridade se financia com as coimas e outras quantias recu-

¹³ A criação de entidades administrativas independentes deixou de ser, pelo menos, constitucionalmente duvidosa desde a introdução do número 3 do artigo 267º da Constituição da República Portuguesa, em 1997. Sobre a regulação económica e social em Portugal, cfr: N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», pp. 93 e ss

¹⁴ Nesta sede, importa atentar na distinção entre regulação setorial e regulação transversal. Na regulação setorial, existem várias esferas de regulação especificamente dirigidas a um setor da atividade económica, com corpos normativos próprios e uma supervisão teoricamente permanente sobre os operadores económicos do setor (v.g. regulação financeira). Já a regulação transversal caracteriza-se por um alcance sobre todas as áreas de atividade, em que o regulador intervém de forma tendencialmente pontual e fragmentária, cuidando apenas dos aspetos da vida do operador económico para os quais tem atribuições e competência (v.g. regulação da concorrência). Destarte, enquanto que na regulação setorial, a supervisão assume um caráter *ex ante*, possibilitando um acompanhamento contínuo do supervisionado, na regulação transversal o acompanhamento regulatório surge normalmente *ex post*, depois da notícia da infração. Cfr. P. GONÇALVES, *apud* N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», pp. 97-99.

¹⁵ Além das dúvidas de legitimidade democrática, no que toca às entidades administrativas independentes do Estado. Sobre a nova «república de reguladores» como novo teste à democraticidade do sistema político-constitucional, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, «O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios», in *Revista de Direito Público e Regulação*, CEDIPRE, n.º 1, Maio, 2009, p. 105.

¹⁶ Assim, os artigos 176º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo, os artigos 115º, n.ºs 4 e 6, e 116º, n.º 5, da Lei das Comunicações Eletrónicas, o artigo 37.º,

peradas relacionadas com a prática de contraordenações, não é indiferente, da sua perspectiva, o sucesso na condenação. Tal motivação pode logicamente pôr a imparcialidade, a justiça e o interesse na condenação.

III.2 A fronteira entre supervisão e poder sancionatório e as obrigações de colaboração

Se a titularidade do poder sancionatório apresenta perplexidades, o modo como é exercido coloca um número ainda mais significativo de dificuldades. Isto é, de *due process*. A fronteira entre os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios das autoridades administrativas nem sempre é clara. Os poderes sancionatórios utilizam informação, pessoal ou documental, recolhida a pretexto do cumprimento da missão de supervisão, valorando-se prova entregue pelos arguidos ou suspeitos sob a ameaça de sanções pela falta de cooperação, ao arpejo do *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁷. As autoridades, além de poderem trocar essas informações entre si, estão também habilitadas por lei a trazer para o processo sancionatório as informações e documentos obtidos por essa via¹⁸. Ao que acresce incompreensivelmente a falta de clareza da lei quanto ao momento em que o supervisionado se pode constituir como arguido e em que pode exercer o seu direito fundamental à não colaboração.

Já no espaço judiciário português, tem vencido o formalismo, assente nos argumentos de que (i) a atuação instrutória de recolha de prova com a cominação de uma sanção se o operador económico não colabore não é uma sanção para efeitos do *nemo tenetur*, (ii) a prerrogativa do *nemo tenetur* não pode ser

n.º 1, alínea f), dos Estatutos da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, o artigo 56.º, n.º 2, alínea b), dos Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde, o artigo 50.º, alíneas d) e e), dos Estatutos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o artigo 73.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais, os artigos 150.º e 164.º-A da Lei do Jogo e 85.º do Regime Jurídico do Jogo e Apostas Online, o artigo 10.º, n.º 2, alínea b), dos Estatutos do Instituto Público dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção, o artigo 44.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, alínea b), da Lei do Combate à Violência no Desporto, o artigo 8.º, n.º 2, alínea d), da Lei Orgânica da Autoridade para as Condições no Trabalho, o artigo 9.º, n.º 2, alínea c), da Lei Orgânica da Autoridade para a Segurança Alimentar e Económica, o artigo 78.º, n.º 1, do Decreto-Lei 28/84, e o artigo 42.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais.

¹⁷ Existe um dever de colaboração, designadamente, nos artigos 15.º, 43.º e 68.º, n.º 1, alíneas h) e i), da Lei da Concorrência, nos artigos 53.º, 56.º, 79.º, 159.º e 169.º, alíneas r), cc), dd), ee), gg), rr), uu), eee), kkk), ooo), aaaa), cccc), gggg), nnnn), oooo), da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo, nos artigos 108.º e 113.º, n.º 2, alínea pp), da Lei das Comunicações Eletrónicas, nos artigos 381.º, 389.º e 400.º do Código de Valores Mobiliários, no artigo 37.º, n.º 1, k), da Lei de Proteção de Dados Pessoais, nos artigos 7.º, 28.º, n.º 1, alíneas m) a o), 29.º, n.º 1, alíneas o) a q), do Regime Sancionatório do Setor Energético, no artigo 61.º, n.º 2, alíneas c) e d), dos Estatutos da ERS, no artigo 68.º dos Estatutos da ERC e no artigo 39.º, n.º 1, al. 1), da Lei do Combate à Violência no Desporto.

¹⁸ Cfr. artigos 56.º, n.º 1, e 70.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações.

exercida relativamente a documentos cuja existência é legalmente obrigatória, (iii) o *nemo tenetur* admite uma ponderação, nos termos do princípio da proporcionalidade, que não supera o interesse da eficácia da regulação e (iv) o *nemo tenetur* apenas impede admissões diretas da culpa do visado¹⁹. Esta corrente jurisprudencial, com a complacência do Tribunal Constitucional²⁰, ancora-se na colisão de direitos da teoria dos direitos fundamentais, justificando a restrição do *nemo tenetur* em nome do superior interesse da regulação. Todavia, segundo cremos num Estado de Direito assente na dignidade da pessoa humana, o *nemo tenetur* deve gozar de uma tutela absoluta (mesmo relativamente às pessoas coletivas) qualquer tentativa de ponderação ou relativização sempre acabará por destruir o seu núcleo essencial²¹.

III.3 A *reformatio in pejus* e a caução como requisito do efeito suspensivo da impugnação

Em terceiro lugar, entendemos chamar a atenção para a possibilidade de *reformatio in pejus*, em sede de impugnação judicial da decisão administrativa condenatória, em muitos setores de atividade regulados²², ao contrário do que estabelece o Regime Geral das Contraordenações²³. Ainda que haja quem, na doutrina, se pronuncie no sentido da sua inconstitucionalidade, também sobre esta questão se já decidiu no Tribunal Constitucional pela constitucionalidade²⁴.

¹⁹ Como exemplo maior, vejam-se os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.02.2019, no processo n.º 71/18.3YUSTR-B-L1 e de 26.06.2019, no processo n.º 71/18.3YUSTR-H. L1-3, que seguem o acórdão do Tribunal Constitucional 461/2011, de 11.10.2011, no processo n.º 366/11, e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da União Europeia, nos casos *Orkem*, *Limburgse, Mannesmannröhren-Werke*.

²⁰ Cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, de 11.10.2011, no processo n.º 366/11, e n.º 78/2013, de 31.01.2013, no processo n.º 624/12.

²¹ Sobre o tema já nos pronunciamos noutra sede, a partir do regime jurídico da concorrência, T. COSTA ANDRADE, «Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VIII, n.º 31, Jul/2017 a Set/2017, pp. 190 e ss.

²² Cfr. o artigo 180.º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo, o artigo 416.º, n.º 9, do Código dos Valores Mobiliários, o artigo 39.º, n.º 3, do Regime Processual aplicável às Contraordenações Laborais e de Segurança Social, o artigo 222.º, n.º 2, alínea *d*), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o artigo 50.º, n.º 1, do Regime Sancionatório do Setor Energético, o artigo 28.º, n.º 5, do anexo II do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, o artigo 67.º, n.º 3, dos Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde, o artigo 74.º da Lei Quadro das Comunicações Eletrónicas e o artigo 82.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Jogo e Apostas Online.

²³ Cfr. artigo 72-A, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações.

²⁴ Cfr. os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 373/2015, de 14.07.2015, no processo n.º 421/15, e 141/2019, de 12.03.2019, no processo n.º 550/18.

A conformidade constitucional da *reformatio in pejus* assenta nos poderes de cognição plenos, de facto e de direito, do tribunal de 1.^a instância no controlo da condenação administrativa que se transmuta numa acusação do Ministério Público. A impugnação judicial não é um verdadeiro recurso, mas um reexame do objeto processual com plenos poderes e produção de prova.

Todavia, segundo cremos, a constitucionalidade da possibilidade de agravamento terá de depender também da menor lesividade da sanção. Porque se assim não for –como no caso das *grandes contraordenações*–, tal só será suportável se houver acesso a um 3.^o grau de jurisdição, que a lei não prevê de momento. O acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (já para não falar de poderes de cognição de matéria de facto pelo Tribunal da Relação) seria fundamental, atendendo ao montante potencial das coimas, à complexidade dos casos, à importância social das questões controversas em muitos dos setores regulados e, claro, ao risco de poder haver um agravamento da condenação administrativa²⁵.

Quanto às impugnações, são ainda assaz problemáticas as normas que apenas atribuem efeito suspensivo se os arguidos pagarem uma caução no valor da coima (ou uma percentagem desta). Ainda sem qualquer estabilização da decisão condenatória no sistema jurídico e antes de esta ter sido submetida a um tribunal imparcial, o arguido é obrigado a *entregar* o montante da coima²⁶. Além das violações da presunção de inocência²⁷ e do princípio da proporcionalidade, há um risco dessa decisão ainda não transitada em julgado determinar o operador condenado a reajustes estruturais, de negócio (*v.g.* diminuir investimento) e de recursos humanos (*v.g.* despedimentos). Quer pague o valor da caução, quer não o pague, a condenação acaba por impor pesados efeitos na sua esfera jurídica.

²⁵ E defendemo-lo mesmo que os Tribunais da Relação possam conhecer de quaisquer questões de direito que a decisão judicial de 1.^a instância recorrida pudesse ter conhecido, sem que esteja vinculado «aos termos e ao sentido da decisão recorrida», ou seja, sem que estejam vinculados aos fundamentos jurídicos expostos na decisão recorrida nem limitados apenas à análise de questões de direito decididas em sede de 1.^a instância. E o recurso para a 2.^a instância restrito a matéria de direito, por força do disposto no artigo 74.^o, n.º 4, do Regime Geral das Contraordenações, pode ter por fundamento qualquer um dos vícios previstos no artigo 410.^o, n.º 2, do Código de Processo Penal, que, a existirem, farão o processo ser devolvido ao tribunal recorrido. E, em sede de 2.^a instância poderão ainda ser conhecidas as nulidades não sanadas, desde que arguidas ou de conhecimento oficioso, nos termos do artigo 410.^o, n.º 3, do Código de Processo Penal, *ex vi* artigo 74.^o, n.º 4, do Regime Geral das Contraordenações. Assim decidiu o acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.05.2019, no processo n.º 13/17.3T8PTB. G1-A. S1.

²⁶ Cfr. o artigo 228-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o artigo 84.^o, n.º 5, da Lei da Concorrência, o artigo 46.^o, n.º 5, do Regime Sancionatório do Setor Energético, artigo 67.^o, n.º 5, dos Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde, o artigo 78.^o, n.ºs 4 e 5, do Regime Jurídico do Jogo e Apostas Online e o artigo 84.^o do Regime Geral das Infrações Tributárias.

²⁷ Uma circunstância à qual poderíamos acrescentar a obrigação de o arguido, ao contrário do que sucede em processo penal, pagar previamente a taxa de justiça para impugnar judicialmente condenações de autoridades administrativas que ainda não transitaram em julgado, por imposição do artigo 8.^o, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais.

III.4 Os exíguos prazos de impugnação judicial

Por último, é preciso ter presente que, no procedimento administrativo contraordenacional, o direito de defesa é apenas uma ilusão. Reduz-se tão-somente a uma audição sobre o que é revelado ao arguido, por nem sempre a comunicação de todos os elementos objetivos e subjetivos relevantes²⁸. O arguido exerce efetivamente um direito de se pronunciar sobre a matéria que lhe é fornecida, mas estamos longe de o poder considerar um verdadeiro direito de defesa.

Todavia, mesmo na impugnação judicial das *grandes contraordenações* a defesa pode não passar de uma miragem, atendendo aos prazos manifestamente exíguos que a lei estabelece. Especialmente quando comparados com os das autoridades, suficientes para apreciar todas as questões de facto e de direito. Em causa estão, normalmente, processos com vários volumes e milhares de ficheiros e os prazos de impugnação podem ser iguais ou menores que os de contraordenações rodoviárias²⁹. Além das incompreensíveis opções da lei, as autoridades administrativas e os tribunais não têm logrado reconhecer a justiça quer da analogia *in melius* de uma prorrogação do prazo por excepcional complexidade do processo, quer da inconstitucionalidade das normas que demandam esforços sobre-humanos dos arguidos e dos seus defensores para reagir contra tão extensas e complexas decisões condenatórias³⁰.

²⁸ Na realidade, os tribunais têm dado guarida à ideia de que a entidade administrativa deve dar a conhecer ao arguido os elementos objetivos relevantes para a decisão. Ou seja, a narração dos factos, a indicação do local e da data e hora em que estes ocorreram, assim como as normas, alegadamente, violadas e o valor, em abstrato, das respetivas coimas. Mas, não já os elementos subjetivos que completam a impugnação. Quanto a estes, tem-se decidido só precisarem de ser comunicados no momento da prolação da decisão administrativa, aquando da apreciação final por parte da autoridade administrativa. Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.04.2018, no processo n.º 447/17.3Y4LSB. L1-5, segundo o qual ainda que ao arguido não tenham sido fornecidos pela autoridade administrativa todos os elementos relevantes para a condenação, nomeadamente os de índole subjetiva, quando foi notificado para exercer o seu direito de audição e defesa, tais elementos já constavam da decisão proferida pela autoridade na decisão da condenação, não havendo por isso qualquer violação do seu direito de defesa.

²⁹ Note-se que o prazo geral previsto no Regime Geral das Contraordenações é de 20 dias úteis após o conhecimento da decisão administrativa pelo arguido. Em contraste, o prazo previsto no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras é de 15 dias úteis, tal como o prazo fixado pelo artigo 28.º, n.º 1, do anexo II do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora. Já o artigo 49.º, n.º 1, do Regime Sancionatório do Setor Energético e o artigo 81.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Jogo e Apostas Online, por exemplo, indicam um prazo de 30 dias úteis, mas não prorrogáveis.

³⁰ Ao que acresce o indeferimento de pedidos de consulta do processo. Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.01.2017, no processo 288/16.5T8CTB. C1, no qual se julga – bem – ser inválido, porque irregular, o ato que negou a consulta do processo pelo arguido para a impugnação da decisão administrativa de condenação, bem como todos os atos subsequentes. Além disso, o prazo de impugnação deve manter-se suspenso até ao deferimento da consulta.

IV. A INVERSÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS *GRANDES CONTRAORDENAÇÕES*

O ponto de partida das nossas interrogações é de índole processual, mas a reflexão é inelutavelmente de substância ou material. No direito das *grandes contraordenações* parece valer uma (i)lógica de proporcionalidade invertida: os princípios da subsidiariedade e da necessidade, que impõem que o Estado deva ter no direito penal a derradeira arma, funcionam contra a sua própria teleologia quando confrontados com as *grandes contraordenações* económico-financeiras. Estas punem mais do que alguns crimes (sem privação de liberdade) e oferecem menos garantias de defesa.

O juízo de necessidade tem sido pervertido pelo legislador quando opta pela coima como consequência jurídica de infrações, determinando-lhe uma medida de valores exorbitantes por razões de prevenção geral ao mesmo tempo que mantém um processo célere e menos garantístico³¹. Nestas *contraordenações* só pode ver-se um intuito de descriminalização se as analisarmos através de um caleidoscópio positivista legalista. A magnitude das sanções faz desvanecer qualquer tentativa de nelas ver a função ordenadora própria das *contraordenações* clássicas, sobressaindo uma perturbadora proximidade com a criminalização de novos comportamentos, designadamente no âmbito do direito penal secundário - basta olhar para os bens jurídicos tutelados.

É justo reconhecer que a fúria legislativa das *grandes contraordenações* tem uma franja de agentes como destinatários primordiais: as pessoas coletivas. A descontrolada atividade empresarial, escreve J. Figueiredo Dias, conduziu à indispensabilidade de intervenção e sancionamento destas entidades, muitas vezes justificada a título de repressão de uma ilicitude equiparada à criminalidade organizada e ao terrorismo, para efeitos de processo e de jurisdição³². E, talvez, como entende N. Brandão, a expansão do direito *contraordenacional* não poderia ter sido diferente em face da maré regulatória gerada pelo novo paradigma de relacionamento entre o Estado e o mercado³³.

³¹ Hoje, como assinala H. ACHENBACH, «Der Entwurf...», p. 3, a perceção pública da aplicação de uma pesada coima por infrações jusconcorrenciais ou contra o mercado de valores mobiliários aproximase mais de um castigo ou de uma punição do que de um instrumento de supervisão e regulação utilizado para relembrar os operadores económicos dos seus deveres.

³² Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as «grandes contraordenações...», p. 476.

³³ Para isto, muito contribuiu, ainda segundo o autor, «o «estado de negação» de que a nossa doutrina parece ter sido acometida e a complacência jurisprudencial, com destaque para a jurisprudência constitucional, em relação a soluções legais desajustadas dos novos problemas com que o sistema *contraordenacional* começou a deparar-se». Cfr. N. BRANDÃO, «O Direito *Contraordenacional* Económico...», p. 106.

Não obstante, os autores também reconhecem que, em diversos domínios, se levou longe de mais a tipificação de contraordenações, esquecendo-se o princípio constitucional da necessidade. E que, em determinados casos, se foi além do permitido pelo princípio da proporcionalidade em matéria de fixação de sanções, na sua relação com a gravidade dos factos e no contraste com factos e sanções penais comparáveis. J. Figueiredo Dias não deixa de advogar que procurar distinguir as *grandes contraordenações* dos crimes em matéria de legalidade e tipicidade, de imputação objetiva, de autoria e cumplicidade, como se fez nas normais contraordenações, deixa grandes dúvidas³⁴. Também N. Brandão defende que, se as contraordenações passam a tutelar diretamente os mais importantes bens jurídicos da nossa Constituição económica, cumpre revisitar o facto punível contraordenacional e a finalidade das coimas³⁵. E entendia A. Silva Dias que dentro do campo contraordenacional, não seria dispensável o uso de um critério formal baseado no limite máximo da coima que marcaria a fronteira da dignidade contraordenacional qualificada³⁶.

Com isto, não pretendemos sugerir que a distinção entre direito penal e direito contraordenacional tenha necessariamente de voltar a buscar-se na ressonância ético-social do facto. A evolução política, social e jurídica do Estado tornou virtualmente impossível uma diferenciação por referência ao tipo de ilicitude. Todavia, assombrados pela similitude de tratamento processual de uma infração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades

³⁴ Porém, quanto ao regime processual, o autor deixa apenas duas breves notas que o levam a afirmar que não serão substancialmente necessárias alterações ao «desenho essencial» das exigências processuais: a existência do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa e a concentração dos poderes de investigação e decisão numa autoridade administrativa, sem prejuízo da eventual impugnação judicial. É importante sublinhar, como faz o autor, que as suas considerações processuais não vão além do que é o *desenho essencial* do processo contraordenacional. Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as «grandes contraordenações...», pp. 478 e ss. e 487.

³⁵ Para N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», p. 113, se qualquer uma destas dimensões fundamentais do direito contraordenacional foi ou é doutrinária e jurisprudencialmente conformada a partir da ideia de neutralidade ética da contraordenação ou do facto a ela subjacente, a assunção da realidade de que nele estão em jogo factos de eminente relevo social deve implicar o abandono ou, pelo menos, a reformulação de uma tal conceção dogmática ou político-criminal.

³⁶ Para A. SILVA DIAS, *Direito das Contra-ordenações*, Almedina, 2018, pp. 38-40, tal limite deveria refletir, entre outros, as valorações subjacentes aos montantes de coima atualmente cominados, a situação económica e social do país, a diferença de rendimentos entre pessoas coletivas e pessoas singulares e os lucros potencialmente previstos pelos perpetradores com a prática da infração. Se o limite máximo da coima de determinada contraordenação ficasse abaixo deste *quantum* o regime punitivo e processual seria mais célere e permissivo para as autoridades sancionatórias e menos garantista, ao contrário do regime que deveria vigorar nos casos em que a coima ultrapassasse aquele limite. A coima da concreta contraordenação que o legislador pretendesse criar seria encontrada pela projeção dos critérios da relevância social do interesse de ordenação e do setor de atividade em causa, do grau de perturbação que a conduta provoca à promoção desse interesse e da desnecessidade ou inconveniência de sujeição da conduta a um regime mais rigoroso e solene próximo dos princípios e regras de Direito Penal e Processual Penal.

Financeiras e de um veículo defeituosamente parqueado, somos obrigados a firmar o óbvio: elas não são nem eticamente, nem socialmente, nem constitucionalmente semelhantes. Não deve a diferenciação a partir do tipo de sanção, olhar também para o peso desta, que reflete a grandeza do bem jurídico tutelado, para desvelar se a conduta punida tem simples dignidade contraordenacional, se há uma dignidade contraordenacional qualificada ou se é portadora de uma verdadeira dignidade penal? A dualidade de pena e coima pode já não bastar para acolher a riqueza existente entre o crime e a contraordenação.

V. UM IMPERATIVO DE POLÍTICA-CRIMINAL E UM OUTRO DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

É inquestionável que também as contraordenações encontram a sua legitimidade na proteção de bens jurídicos. Porém, o legislador tem vindo a lançar mão do direito das contraordenações como instrumento sancionatório preferencial, sem uma reflexão ponderada da dignidade dos interesses em causa, mas sobretudo por razões de fluidez política e de regulação. A criminalização representa uma intervenção estadual mais ostensiva para a comunidade do que novas contraordenações, que, além de tecnicamente mais complexas, dizem respeito apenas a certos nichos e setores de atividade.

De jure condendo, há muito que se reclama uma revisão do regime geral das contraordenações de forma a refletir a evolução dogmática e a repor a *ordem* depois do *caos* originado pelas leis setoriais. Seria de capital importância agregar os princípios fundamentais aplicáveis às várias realidades setoriais numa só estrutura normativa. E questionar se não será o momento para uma opção de sistema e de política criminal diferente: se a regulação de determinados setores de atividade é um interesse tão relevante que importa o estabelecimento de sanções sérias e eficazes na dissuasão dos comportamentos desviantes —o que não se nega—, então, ou tais sanções devem ser acompanhadas de um *due process* reconhecendo-se a dignidade contraordenacional qualificada desses factos como um *tertium genus*³⁷ ou que se reconheça sem tibiezas a dignidade penal dos bens protegidos, de modo a que o princípio da necessidade não funcione contra a sua própria teleologia³⁸.

³⁷ Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, «Sobre as «grandes contraordenações...», p. 484.

³⁸ De acordo com N. BRANDÃO, «O Direito Contraordenacional Económico...», pp. 108 e ss. e 116, contra uma subida das *grandes contraordenações* ao direito penal, argumenta-se com um potencial regresso à hipertrofia penal. Além disso, diz-se que o direito regulatório deve dispor de agilidade e flexibilidade para oferecer um quadro normativo consistente com a volatilidade das realidades económicas a que se

De jure condito, impõe-se uma interpretação constitucionalmente conforme. As decisões dos tribunais sobre as garantias processuais em casos de *grandes contraordenações* ficam aquém do esperado, por adesão mecânica à preservação da eficácia da regulação. Numa duvidosa convocação do princípio da proporcionalidade –como salientam alguns dos votos de vencido nos acórdãos–, negam-se as mais básicas garantias processuais, que nunca seriam negadas em nome da eficácia do combate a uma qualquer área da criminalidade. Enquanto se aguarda por uma reforma do direito contraordenacional português, a melhor solução possível passa pela interpretação ampla e garantista do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa³⁹ e das restantes normas que salvaguardam a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o acesso ao direito.

A distinção entre crime e contraordenação não encontra na Constituição uma indicação expressa dos seus fundamentos, abrindo à doutrina e à jurisprudência uma discussão muito ampla sobre a natureza daquelas categorias de infrações. Se a autonomia genética do direito contraordenacional era clara ao nível da dogmática, da sanção e do processo⁴⁰, hoje, aqueles dois primeiros vetores foram, no plano legal e no plano da aplicação do direito, *sugados* para um lugar próximo do direito criminal. E, se quanto à dogmática e à sanção o direito das *grandes contraordenações* tem visto a sua distinção para o direito criminal esbatida, então nenhum motivo haverá para, nesses casos, continuar a insistir-se numa separação de princípios do processo. A similitude da complexidade das condutas, a sua relevância social e a severidade das sanções exigem uma consideração das garantias processuais contígua ou, até, análoga à do direito penal.

dirige, dificilmente logrável com o processo legislativo penal e o princípio da legalidade. Depois, existe o problema de compatibilizar a dimensão de supervisão inerente à regulação setorial (*ex ante*) e o paradigma de investigação criminal postulado pela lei processual penal (*ex post facto*), para uma eficaz proteção dos bens jurídicos a proteger. Por fim, será o direito contraordenacional aquele que melhor se adequa ao modelo regulatório assente em entidades administrativas independentes de estilo norte-americano, com poderes normativos, fiscalizadores e sancionadores. No fundo o direito contraordenacional corresponderia à tutela sancionatória mais apta para as infrações cometidas em contexto regulatório. Porém, o autor não deixa de chamar a atenção para o papel que o direito penal também poderá desempenhar, quando se conclua pela necessidade e adequação da sua intervenção.

³⁹ Que dispõe que, nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

⁴⁰ Foi com base nessa autonomia material, sancionatória e processual que o recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05.11.2020, no processo n.º 5754/15.7T8LSB. L1, recusou a integração no artigo 623.º do Código de Processo Civil das decisões proferidas em processos contraordenacionais, vedando assim a sua aplicação analógica, bem como a sua interpretação extensiva, impossibilitando que se presumam como provados em processo civil os factos integradores da contraordenação dada como provada no respetivo processo sancionatório.

**REFORMAS PROCESALES
Y COOPERACIÓN JUDICIAL**

BASES DE LO QUE DEBERÍA SER UNA TOTALMENTE NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN ESPAÑA

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I de Castellón (España)

En el momento de cerrar estas líneas (4 de noviembre de 2020) está anunciada la conclusión de la redacción de un borrador de Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por un grupo *ad hoc* nombrado por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, nadie conoce el texto, salvo un círculo de personas muy cercanas al Ministerio, intuyo. Yo no lo conozco ni lo he podido conseguir. Sólo se han hecho públicas las líneas generales, una información muy parca a mi juicio. De esta manera, las opiniones que a continuación expongo deben considerarse fruto de la reflexión sobre la situación actual de nuestro proceso penal, totalmente desvinculadas de los que podrían ser contenidos concretos de la reforma que ahora se propone ¹.

I. LA PERMANENTE CRISIS DE LA JUSTICIA

El proceso penal vigente en España en 2020 es, en esencia y considerando la estructura básica de su proceso principal y modélico para los demás, el previsto para enjuiciar en única instancia delitos castigados principalmente

¹ He tratado estos temas en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2020-3, *passim*; y mucho más ampliamente en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2020-4, pp. 333 a 475.

con pena de prisión superior a 9 años. Se regula básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, hija querida del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, fundada directamente en los principios transformadores de la Ilustración aceptados por la Revolución Francesa de 1789, que evoluciona desde el proceso inquisitivo a un proceso acusatorio mixto, o reformado como se le conoce en Alemania, en el que los derechos esenciales del ser humano acusado de haber cometido un crimen, especialmente su vida, su integridad, su libertad y su dignidad, deben ser respetados por las autoridades públicas de persecución hasta la firmeza de la condena.

Es evidente que desde 1882 se han producido numerosas reformas para adaptar el proceso en la práctica a la realidad, al progreso conceptual y al transcurso del tiempo, sobre todo tras la Constitución democrática de 1978. Ha habido numerosas reformas garantistas desde entonces, muchas de ellas acertadas, pero se sigue echando en falta un aprovechamiento total de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los preceptos de la Constitución plenamente aplicables en el proceso penal, a la par que una interiorización de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos une jurídicamente a la Europa tradicionalmente democrática. Tengo la impresión de que, en vez de luchar por conseguir de una vez, en el plano dogmático y en el práctico, un proceso penal realmente constitucionalizado, vamos más hacia lo pragmático, a apagar fuegos concretos que necesitan ayuda urgente.

Ello nos está llevando hacia un alejamiento insoportable entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal español, que en 1995 logró concretar su apuesta por un sistema dogmático del delito y de la pena, aplicando una política criminal razonable, mediante un Código Penal moderno y válido para la época, aunque hoy ya no sea reconocible después de tantas y tan profundas reformas, que se encontró con un proceso penal, en el que necesariamente tenía que aplicarse, muy lejano a su concepción ideológica y por tanto no preparado para afrontar los nuevos tiempos. A ese alejamiento no es ajeno tampoco el hecho de que la base natural de aplicación de las leyes procesales, la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea de 1985, aunque profundamente reformada en varias ocasiones, pero, en cualquier caso, muchísimo más moderna que nuestra LECRIM.

Tenemos pues, como mínimo hoy ante nosotros un proceso penal anticuado, estructural y realmente, ineficaz, ineficiente, largo, tedioso y caro. No hace falta probar exhaustivamente estas afirmaciones. Los teóricos y prácticos

del proceso, así como también y curiosamente las autoridades políticas que pueden cambiar la situación, hace años que lo afirman en mi país².

Tampoco hay que justificar las causas, pues esos mismos profesionales y esas mismas autoridades así lo entienden, con poca discusión al respecto: Pocas inversiones en Justicia y escaseces presupuestarias evidentes, falta de jueces, de fiscales y de personal de apoyo, falta de voluntad política en la reforma de nuestro proceso penal, incapacidad parlamentaria para llegar a acuerdos en este tema, que es de Estado sin duda alguna, vacilaciones sobre el modelo a seguir, discusiones partidistas inasumibles, etc.³.

En definitiva, y como observación introductoria clara, nuestro proceso penal está en crisis, que ni es ligera, ni débil, ni fácil de resolver. No sólo el proceso penal español, por cierto, pues corren malos tiempos para el enjuiciamiento criminal en todos los países democráticos, sobre todo frente a los horrores que estamos viendo, con una criminalidad organizada desahogada y una corrupción insostenible.

Por ello, en España existe una clara y positiva voluntad de reformar integralmente el proceso penal, muy ambiciosa, desde hace años, incluso desde antes de la Constitución, aunque sólo tras ella adquiere pleno sentido. Pero en ninguna legislatura se ha logrado hasta ahora. Ciertamente, en los últimos tiempos, antes del último de 2020 citado al principio, ha habido dos intentos importantes⁴, pero no sabemos qué habría pasado si se hubieran aprobado, es decir, no sabemos si habrían respondido bien a la cuestión central de si realmente habrían servido para poner a nuestra Justicia Penal a la altura de lo que los españoles exigimos.

La situación no es ni fácil ni favorable, y no me refiero para lograr una reforma excelente ni a la pandemia del COVID-19, pues todo eso pasará, tam-

² Baste consultar las certeras palabras de MONTERO AROCA, J., 2008, pp. 19 a 24.

³ Me remito para una mayor profundización a mi artículo GÓMEZ COLOMER, J. L., 2016, pp. 1449 y ss.

⁴ El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial). Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se publicó en forma de libro: Ministerio de Justicia, 2011, pp. 19 y ss. Por su parte, como la necesidad de organizar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y, por tanto, de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal seguía entonces y sigue siendo ahora también insoslayable e imperiosa, el Gobierno del Partido Popular redactó también su Propuesta de Texto Articulado de un nuevo Código Procesal Penal, de febrero de 2013, en la que se recogió un texto orientado igualmente hacia el sistema adversarial, modernizando su regulación. Este proyecto se puede consultar en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>. Pero tampoco pudo ser aprobado al ganar el Partido Socialista la moción de censura el día 1 de junio de 2018. Ahora lo que se pretende, al parecer, es recuperar el anteproyecto de 2011, modernizarlo, y presentarlo como anteproyecto en Las Cortes cuanto antes.

poco pienso ni en España, ni en su gobierno, ni en su doctrina jurisprudencial y científica, sino más bien en el contexto internacional y sus circunstancias actuales, porque estamos en un momento confuso.

Las confusiones se producen a mi juicio por las siguientes razones:

1.^a) Se considera hoy fines del proceso penal a aspectos que no son verdaderos fines: Tradicionalmente se ha dicho que los fines del proceso penal son hallar la verdad material y castigar al culpable. Modernamente se han añadido los fines de respetar en el enjuiciamiento los derechos fundamentales del acusado, y proteger y reparar a las víctimas⁵. No se habla mucho, sin embargo, lo que es de lamentar, del que debería ser el principal fin del proceso penal propio de una democracia, que es el hoy vigente en España: Absolver al inocente. La declaración de inocencia como fin prioritario del proceso penal debe estar fuera de toda duda, y el proceso debe articularse para que la prueba de la inocencia sea siempre posible. No es lo mismo ser inocente que ser tratado como inocente. No me estoy refiriendo a la presunción de inocencia, por tanto.

2.^a) Se contemplan principios del proceso penal ineludibles que se acaban esquivando, de manera tal que principios sagrados del Derecho Procesal Penal están hoy absolutamente desacralizados. La clave son los principios porque conforman el esqueleto del sistema. Sin ellos no podemos construir el cuerpo ni pretender que tenga vida, ni mucho menos que camine. Pienso en el proceso equitativo (debido), el principio de igualdad, el principio de imparcialidad del juzgador, el principio de contradicción (englobando a los derechos de confrontación y de defensa), o el principio de oralidad (comprendiendo los principios de inmediación y publicidad), y observo debilidades muy relevantes. Está en peligro no el sistema, sino el mismo proceso penal democrático. En este sentido, destaco:

a) La inutilidad del principio de legalidad cuando se aplica la garantía jurisdiccional: El principio de oportunidad tiene un enorme desarrollo, atendidas sus tres variantes, a las que me referiré desde otro punto de vista *infra*, cada una de ellas con entidad propia, a saber: Alternativas a la persecución penal, la Justicia negociada (*Plea Bargain*) y la Justicia restaurativa, destacando aquí una institución prohibida hasta ahora en el proceso penal sin paliati-

⁵ El fin que hoy aparece como el más importante es el de respetar en su desarrollo la validez constitucional del procedimiento (*Due Process of Law*, proceso justo, proceso equitativo o proceso con todas las garantías, con relevancia constitucional, art. 6 CEDH y art. 24.2 CE). Hasta tal punto es ello cierto que se admite que el proceso ha cumplido su fin (debido) si se condena a un inocente pero se han respetado todos sus derechos constitucionales aplicables en el proceso penal.

vos, de repente bendecida por todos, la mediación penal⁶. Lo que importa hoy no es tanto hallar la verdad, cuanto la declaración de culpabilidad⁷.

b) La quiebra del principio de necesidad (oficialidad) cuando la economía exige soluciones más expeditivas. Para ello se dota a los órganos principales de investigación del crimen, la Policía y el Ministerio Fiscal de la suficiente discrecionalidad, de manera tal que en sus manos se deja, y no en las de la ley, que se incoe la causa. Si la investigación no vale la pena o cuesta mucho más dinero del tolerable, el delito no se investiga. Esto es ya evidente en los llamados delitos bagatela.

c) La quiebra en numerosos países democráticos del principio de reparación de la víctima, porque al negarle ser parte, no puede defender adecuadamente sus derechos. El sistema adversarial juega a esta exclusión de la víctima⁸.

d) Los continuos ataques al derecho de defensa en la lucha contra la criminalidad organizada, se ven como un «castigo» social obligado por los horribles crímenes cometidos por estos grupos. Así, es constitucional en España que a sus miembros presos incomunicados se les imponga un abogado de oficio (art. 527, a) LECRIM)⁹. Pero si estuviéramos en los Estados Unidos de América, la patria insistimos del moderno sistema adversarial, esto no sería posible por inconstitucional.

e) La pérdida de valor del acto más sagrado del proceso, el juicio oral, porque se quiere evitar a toda costa llegar a él (el fin del proceso penal es el «no juicio»).

f) Por último, quiero destacar en el marco de los principios del proceso penal la quiebra de los principios probatorios más importantes en caso de producirse la conformidad, porque al declararse culpable el acusado la prueba carece de sentido ya que no se puede practicar al evitarse el juicio oral. Y yo me pregunto: ¿Dónde queda entonces el principio *nemo tenetur se ipsum ac-*

⁶ Y ya legal en España (art. 15 del Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, de 27 de abril), aunque todavía no desarrollada legalmente. Sobre sus bases dogmáticas, ancladas en la Justicia Restaurativa, v. BARONA VILAR, S., 2011, pp. 117 y ss.

⁷ Con eso el Estado se conforma, se ahorra un dineral y satisface a todo el mundo, menos a quien se ve forzado a ello siendo inocente, claro. El 5% de los delitos acaba en juicio oral en Estados Unidos, luego eso quiere decir que en el 95% el principio de oportunidad ha triunfado. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., 2013, pp. 204 a 206.

⁸ No parece que debamos tomarlo como modelo, como consideraré *infra*, porque en España, dejando ahora de lado los avances del cit. Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, la participación de la víctima en el proceso penal como parte plena está garantizada por la Constitución y, por tanto, ese problema no lo tendríamos, pero debemos permanecer atentos, pues hay intentos de excluirla en determinados casos, v.gr., cuando intervenga el Fiscal Europeo.

⁹ Hace mucho que denuncié este tema, sin éxito alguno como es natural. Vide GÓMEZ COLOMER, J. L., 1988, pp. 123 y ss.; con base en la S TC 196/1987, de 11 de diciembre.

cusare, dónde queda el principio de la presunción de inocencia, y qué pasa con el principio *in dubio pro reo*?¹⁰ Todos en el aire, evanescentes, impracticables.

3.^a) Finalmente, estamos ante un proceso penal irreal: Hoy el mundo está globalizado, se han suprimido prácticamente las fronteras. Esto ha significado negativamente un aumento extraordinario de la criminalidad organizada que se ampara en ello para realizar todas las acciones delictivas que convienen a sus intereses, garantizándose obviamente impunidad. Nos hemos transformado de sociedad del bienestar en sociedad del riesgo. El problema es que, como he afirmado *supra*, el Derecho Procesal Penal camina en la actualidad en dirección, si no opuesta, al menos bastante alejada a la del Derecho penal sustantivo. Las preocupaciones actuales del Derecho Penal para controlar su enorme expansión tienen reflejo en el proceso sólo de forma indirecta¹¹.

4.^a) A ello recordemos problemas estructurales casi atávicos, que impiden que nuestro proceso penal pueda funcionar bien. Me limito a citar:

a) La antigüedad del esquema instructor, pues lo cierto es, aunque sea un tema muy discutible que trataremos aquí, que no está de moda que instruya un juez, sino un fiscal;

b) Actos de investigación no garantizados regulados con normas hoy claramente superadas (escena del crimen, identificación del autor, protocolos de la Policía Judicial; y

c) El grave problema de tener que manejarnos en la práctica con varios procesos ordinarios y varios especiales, siendo inconcebible que no se haya procedido hace ya tiempo a una verdadera simplificación procesal penal:

1. Ordinarios: Son 6 (el originario por delitos más graves; en 1988 se introducen dos procesos abreviados arts. 757 a 794; en 2002 el enjuiciamiento rápido, arts. 795 a 803; y en 2015, dos modalidades de proceso por delitos leves, arts. 962 a 977); y

2. Especiales: Ante el Tribunal del Jurado (LO 5/1995), en caso de aforamientos, aceptación de decreto (2015, arts. 803 bis a) a 803 bis j), por injuria y calumnia (arts. 804 a 815), contra ausentes (arts. 834 a 846), de imprenta (arts. 818 a 813 bis), más seguridad vial y violencia de género (que por esa razón deberían serlo dada su frecuencia y la alarma social que causan).

¹⁰ Véase con detalle y mucha bibliografía, para Alemania, pero también aplicable en España en lo esencial, ROXIN, C. / SCHÜNEMANN, B., 2017, pp. 96 a 106.

¹¹ He trabajado esta cuestión en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2009, pp. 753 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, 2020-4, pp. 39 y ss.

Todo ello lleva a una enorme ineficacia e ineficiencia del proceso penal, cuyas características principales, antes apuntadas, son hoy su extraordinariamente larga duración y su carestía, demasiado costosos para los ciudadanos normales, pues a los pagos de honorarios y aranceles de la defensa y representación procesales se suma el lucro cesante o la imposibilidad de percibir reparaciones e indemnizaciones, después de muchos años, como consecuencia del acto ilícito que es el delito.

La reforma no puede ser por tanto puntual, es necesario crear un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que nos lleve a un nuevo proceso penal.

II. LA CLAVE DE LA REFORMA SE BASA EN ACERTAR CON EL MODELO

La reforma integral de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal a través de una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal puede hacerse de dos maneras distintas en cuanto al modelo: Buscar en el panorama internacional, entre los más eficaces y eficientes, el que más éxito tenga, o hacer un análisis profundo de las instituciones que han funcionado y de las que han fracasado en el propio y, en una patente evolución, redactar un nuevo texto que elimine toda norma que haya llevado a una mala práctica, incorporando aquellas que se sabe seguro que cambiarán para bien el sistema.

En la primera vía, la búsqueda del modelo se orienta hacia los países de *Common Law* (hacia su sistema adversarial de enjuiciamiento criminal); en la segunda, se trataría de perfeccionar el sistema acusatorio formal de la Revolución Francesa desarrollado a lo largo de los años por los países de *Civil Law*.

1.º) El sistema adversarial se caracteriza por los siguientes aspectos ¹²:

A) En cuanto a los sujetos procesales:

a) El Juez juzga con el Jurado en perfecta simbiosis; aquél fija el Derecho al veredicto sobre culpabilidad o inocencia dictado por éste.

b) La dirección de la investigación está a cargo del Ministerio Fiscal, órgano público que representa a la Administración (es decir, al Gobierno) en el

¹² Tomo como base el proceso penal federal de los Estados Unidos de América. Sobre este proceso penal he coordinado dos libros: a) El primero es la traducción en español del *Case Book* de ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., 2011 en Gómez Colomer, J. L. (coord.), 2012; b) El segundo es Gómez Colomer, J. L. (coord.), 2013. A ellos deben añadirse sobre este tema otros libros míos como autor único: 2012, 2015-2 y 2018-1.

proceso penal como único acusador posible. Goza de amplios poderes, entre los que destaco sus extensas facultades discrecionales.

c) La Policía está a las órdenes de la Fiscalía. Goza igualmente de un amplísimo poder discrecional y conduce y practica realmente los actos de investigación del delito, tanto los proactivos como los reactivos.

d) Es un proceso penal de partes. El acusado y su abogado defensor son tan importantes como la acusación pública (el Fiscal). En los dos descansa la realización del proceso, son los actores principales en el escenario (de ahí el nombre «adversarial»). Ambos negocian sobre la declaración de culpabilidad si es procedente, ambos presentan sus argumentos y sus pruebas y ambos intentan convencer al Jurado sobre su posición fundada.

e) La víctima no es parte en el proceso. Sus funciones procesales, insignificantes hasta hace bien poco, van aumentando paulatinamente, pero siempre como tercero procesal (testigo) como máximo¹³.

B) En cuanto a los principios más importantes:

a) La estructura esencial del proceso descansa en dos grandes principios, del que surgen los fuertes pilares que sostienen el sistema. Los principios son: El *Due Process of Law* y la *Fairness*, de las que se derivan a su vez especialmente cuatro grandes columnas: La igualdad procesal, el derecho de defensa, la contradicción entre las partes y la imparcialidad del tribunal.

b) El procedimiento se basa en una auténtica oralidad, inteligente y razonablemente dispuesta, desde la acusación inicial formulada en una audiencia.

c) El recurso de apelación, único admisible en principio, sólo está disponible para el acusado en caso de condena.

¿Por qué se ha convertido el proceso penal federal norteamericano en el único modelo posible a la hora de considerar una reforma integral del sistema de enjuiciamiento criminal en los países que pretenden una reforma integral, incluido España? Una breve respuesta tras un somero análisis nos lleva a fijar las razones en su sencillez, plasticidad y pragmatismo, así como en una práctica deslumbrante de la oralidad y la rapidez que conlleva, que hacen de este proceso un modelo de eficacia.

C) Es característica muy relevante también la base constitucional del sistema adversarial: La Constitución de los Estados Unidos de América es de 1787, la más longeva y breve del mundo. Dado que su preocupación máxima

¹³ Una detallada explicación en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2015-1, pp. 41 a 127.

fue construir una federación independiente, no dedicó mucho espacio a los principios procesales. De esta cuestión se preocuparon inmediatamente las diez primeras Enmiendas a la Constitución, ratificadas en 1791¹⁴, de las que cuatro, a saber, IV, V, VI y VIII, inciden directamente en el proceso penal. Los derechos que se comprenden en estas Enmiendas se promulgaron con la finalidad de limitar el poder del Gobierno federal¹⁵. En 1868, poco después de acabar la guerra civil, se añadió la Enmienda XIV que regula la conducta de los gobiernos estatales y prevé el derecho al proceso debido¹⁶.

El proceso penal federal estadounidense, y con él el de los estados, no es hoy sólo la aplicación práctica de una serie de sentencias y de un conjunto de leyes y disposiciones ordinarias de naturaleza procesal penal, y en parte penal, que lo han ido configurando a lo largo de los años, sino también ante todo una concreción de la fuerza real de la Constitución federal cuando tiene un campo de aplicación propio en el mismo proceso penal.

2.º) El sistema alemán, al contrario, representa una evolución interna, tampoco exenta de problemas, que empezó con una gran reforma en 1975. Desde una posición propia evolucionó hacia un sistema más respetuoso con el principio acusatorio, sin copiar a nadie ni incorporar cuerpos extraños a la propia tradición. Parece el sistema adversarial, pero no lo es, es sencillamente el sistema alemán. Se caracteriza¹⁷:

a) Por el poder que tiene el presidente del tribunal, quien puede interrogar, ordenar la práctica de pruebas y adoptar cualquier otra medida que contribuya al esclarecimiento de la verdad.

b) Por acogerse a un sistema de Escabinos, en el que los jueces legos dictan la sentencia, tanto respecto a los hechos como respecto a las consecuencias jurídicas del delito en caso de declarar culpabilidad del acusado, conjuntamente con los jueces profesionales.

c) Por dirigir la investigación el Ministerio Fiscal, pero no por imitar al sistema adversarial, sino por razones prácticas (no reiterar actos procesales como interrogatorio de testigos) y dogmáticas (el control de los actos de instrucción debe realizarse por un juez, lo cual es imposible si él mismo los ordena).

d) Por la obligación de la defensa de contribuir a la Verdad y Justicia.

¹⁴ Para un análisis detallado de la constitucionalización del proceso penal v. LAFAVE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., 1984, pp. 44 y ss.

¹⁵ ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., 2011, cit., p. 3 (trad. p. 37).

¹⁶ Véase un análisis pormenorizado de este principio en ESPARZA LEIBAR, I., 1995, pp. 70 y ss.

¹⁷ Me remito a las explicaciones pertinentes dadas en mi libro: GÓMEZ COLOMER, J. L., 1985, pp. 29 y ss.

3.º) Los sistemas italiano y portugués, con sus reformas integrales de 1988, hacen patente en la Europa democrática que es posible introducir un proceso penal adversarial manteniendo las instituciones propias que han funcionado¹⁸. El italiano ha sufrido numerosas reformas, muchas de ellas motivadas por la Corte de Casación o por la Corte Constitucional, interpretando más localmente el nuevo sistema¹⁹.

4.º) Francia todavía espera la ansiada reforma integral de su proceso penal²⁰.

En resumen por tanto, es una decisión muy importante la de optar por el modelo adversarial, tener que crear un nuevo órgano jurisdiccional (el Juez de Garantías), pensar en ampliar las competencias del Jurado, tener que decidir el cambio de dirección de la investigación en favor ahora del Ministerio Fiscal, otorgar una mayor discrecionalidad a la Policía, potenciar el derecho de defensa, llegando incluso a crear la figura del defensor público, estructurar el proceso en audiencias, introduciendo una audiencia de acusación y el *Discovery*, o llegar a establecer un sistema de recursos nuevo, con las reformas constitucionales que todo ello implicaría.

Sería más fácil apostar por una evolución propia, porque no habría esa sujeción dogmática a las esencias adversariales, sin perjuicio de tener que decidir si va a dirigir la investigación el Fiscal, si se va a aumentar la discrecionalidad de la Policía, si se va a evolucionar del Jurado al Escabinato, y qué papel ha de corresponder exactamente a la defensa en el nuevo proceso.

Al hilo de estas últimas reflexiones, expongo a continuación las cuestiones más graves, tanto orgánicas como procesales, que en mi opinión debe afrontar una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. LAS REFORMAS QUE PROPONEMOS, PRIMERO DE CARÁCTER ORGÁNICO

Me detengo en este apartado en las reformas necesarias que, en mi modesta opinión, habría que hacer en nuestra estructura judicial y, como consecuencia de ello, en la fiscal, en la policial y en la defensa.

¹⁸ Para Italia, v. VILLAGÓMEZ, M., 1989, pp. 13 y ss.; y para Portugal, SIMAS SANTOS, M. / LEAL-HENRIQUES, M. / SIMAS SANTOS, J., 2010, pp. 17 y ss.

¹⁹ Vide ILLUMINATI, G., 2010, pp. 150 y ss.

²⁰ Me remito al Rapport Léger de 2009, que se puede consultar en <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000401.pdf>.

A) Juez Comarcal

Aunque no afecta directamente al tema, para que funcionara realmente en un nuevo Código Procesal Penal la nueva estructura de investigación que vamos a considerar, la base del sistema en su primer contacto judicial debería recaer en jueces de comarca, de municipio, de distrito, de departamento o de ciudad, como se les quiera llamar (creo que sería más comprensible en España la denominación de «Juez comarcal»), creando dos niveles, una de jueces comarcales de garantías y otra de jueces comarcales de conocimiento y fallo, sin que pudiesen coincidir personalmente ambas figuras.

Estos jueces, que habría que crear de nuevo, pues ya los tuvimos desde 1944 hasta 1985²¹, colmarían mejor la ansiada proximidad y serían los jueces que conocerían sin Escabinato de todos los delitos leves y menos graves (hasta 5 años de prisión, pena de multa cualquiera que sea su cuantía y penas alternativas hasta 10 años). Todas sus decisiones podrían ser recurribles en apelación ante la AP.

B) Juez Provincial de Garantías

Deberían ser los jueces de instrucción actuales que decidiesen no reconvertirse en fiscales. Actuarían en todos los procesos penales instruidos por delitos graves y más graves castigados con pena de prisión (superiores a 5 años), pena de multa cualquiera que fuese su cuantía o pena alternativa superior a 10 años. Tendrían su sede en la cabeza de los partidos judiciales y en la capital de la provincia. Sus decisiones serían apelables ante la Audiencia Provincial.

Dado que proponemos la simplificación procedimental (v. *infra*), no puede mantenerse la actual estructura del proceso penal abreviado que distingue para el fallo entre Jueces de lo Penal y las AP, pues instruyendo el fiscal, los JPe pueden conocer de todos los delitos graves y más graves en única instancia, con Escabinato o sin él, reservando a la AP sólo para las apelaciones. Habría que reforzar evidentemente el grado de experiencia y sabiduría de estos JPe para afrontar el enorme reto de juzgar individualmente los crímenes más graves. Ampliar la competencia del Escabinato sería por ello una buena decisión.

²¹ Tras la guerra civil, en 1944, se reconfiguró la hasta entonces existente justicia municipal española, creando los jueces municipales y comarcales, que en 1977 desaparecieron, transformándose en jueces de distrito, siendo suprimidos del organigrama judicial español definitivamente por la LOPJ vigente. Para detalles, entre otras normas, v. Ley 19/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados preceptos de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y de rectificación de plantillas del personal auxiliar de la Administración de Justicia y de Justicia Municipal; y Real Decreto 2104/1977, de 29 de julio, por el que se aprueba el texto articulado parcial de la Ley de Bases 42/1974, de 28 de noviembre, Orgánica de la Justicia, en virtud de la autorización contenida en el Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre.

C) Del Jurado al Escabinato

Es el momento también de plantearse si nuestro actual modelo de Jurado es el más útil a la sociedad. Toda la Europa continental democrática ha abandonado hace muchísimos años el sistema anglosajón de Jurado para evolucionar hacia un modelo de tribunal de escabinos, en el que los jueces legos participaran conjuntamente con el tribunal en las deliberaciones para decidir los hechos probados y las consecuencias jurídicas del delito si declaran la culpabilidad del acusado.

Propongo que evolucionemos hacia el mismo sistema que tienen Alemania (*Schöffengericht*), Italia (*Corte d'Assise*), Francia (*Cour d'Assises*) y Portugal (*Tribunal do Júri*)²². No es cierto que el Jurado puro (anglosajón) sea más democrático que el Escabinato; al revés, el juez escabino participa más y mejor en la función de juzgar y por tanto se cumple mejor el deseo constitucional de que los ciudadanos participen en la administración de justicia (art. 125 CE), porque tienen más competencias y actúan con mejor calidad, asistidos y ayudados por los jueces profesionales.

La LOPJ se reformaría para asumir el estatuto orgánico de los jueces escabinos y su sistema de designación, incorporando las normas de la Ley del Jurado que fuesen aplicables y hayan funcionado en la práctica. También se regularía de forma específica la deliberación y votación de la sentencia.

Su competencia es variable en cada país. En general conocen de delitos graves y más graves, no de delitos menos graves y leves²³. Pensando en España, es obvio que no se puede establecer un Escabinato para todos los delitos, pero sí sería posible para los graves y más graves, por ejemplo, todos aquéllos penados en abstracto por el Código Penal con pena de prisión superior a 5 años, pena pecuniaria en cualquier cuantía, o alternativa superior a 10 años. Si parece un cambio demasiado drástico y sin perjuicio de pensar en una ampliación gradual de competencias, podría empezarse por todos los que conforman el Derecho penal clásico (estoy pensando en delitos contra la vida, delitos contra la salud e integridad física y psíquica, delitos contra la indemnidad sexual, delitos contra el honor y delitos contra la propiedad). Se excluirían sólo los procesos competencia de la Audiencia Nacional (para que no conocieran ni de los delitos de terrorismo ni los cometidos por la criminalidad organizada).

²² GÓMEZ COLOMER, JL., 1999, pp. 59 y ss.

²³ En Alemania, hasta 4 años de pena de prisión (§ 24 ap. 2 de la Ley de Organización de los tribunales - GVG).

D) Fiscal Instructor

Sin duda alguna sería la decisión orgánica más importante, porque implicaría privar de competencias judiciales a los jueces y darle esas competencias a los fiscales, que dejarían de ser por ello judiciales. Por tanto, significaría la desaparición del Juez Instructor en nuestro país, después de siglos de vigencia de esta figura tan arraigada en nuestra sociedad.

No es una decisión tan simple como pueda parecer, sin embargo²⁴. En efecto, he escrito en varios lugares que, si bien creo que la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal es constitucional, pues el art. 117.1 se refiere únicamente a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» como función jurisdiccional, e instruir una causa penal no es enjuiciarla ni fallarla (juzgar), también creo que con el actual modelo de Fiscalía no me parece una decisión acertada, porque no es absolutamente independiente del poder político, de hecho se incardina administrativamente en el Ministerio de Justicia, de quien depende económicamente, se organiza bajo los principios de unidad y dependencia, y el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno²⁵.

La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal, opinión mayoritaria en la doctrina procesal penal española, se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio, considerándose incompatible la instrucción (inquisitiva) por parte del Juez con el modelo de proceso acusatorio. El argumento principal es que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad, de ahí que se entienda que el Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal.

Mi opinión contraria, por el momento, es minoritaria, y soy plenamente consciente de ello, pero debo honradamente decir que, si la nueva LECRIM dispusiera la instrucción por el MF sin haber modificado la dependencia política de la Fiscalía Española, cometeríamos un error que lamentaríamos.

²⁴ Aunque en España instruya un Juez Instructor todas las causas penales, el Fiscal, en procesos penales en los que el delito esté castigado con pena privativa de libertad no superior a 9 años (llamados «procesos abreviados»), puede instruir dados los requisitos del art. 773.2 LECRIM. También instruye en el proceso penal especial de menores.

²⁵ Valgan las citas de mis contribuciones en GÓMEZ COLOMER, J. L., 1997, pp. 481 y ss.; y 2018-2, pp. 157 y ss.

E) Policía de Investigación del Crimen (PIC)

Creo que el sistema que se proyecta se merece una policía científica muy especializada, una policía de investigación del crimen realmente eficaz y eficiente, es decir, una auténtica policía judicial, dependiente exclusivamente del Ministerio Fiscal, sin tantos poderes discrecionales como los que dispone la policía anglosajona y muy comprometida con el principio de legalidad²⁶.

La nueva LECRIM debe articular, en la fase de investigación del crimen, sus funciones, deberes y obligaciones, con absoluta precisión.

F) ¿Creación de una defensa pública?

Nuestro derecho a la defensa letrada tiene rango constitucional. La Constitución lo regula en dos preceptos: En el art. 17.3 se garantiza la asistencia letrada al investigado durante la detención policial, y en el art. 24.2 se le garantiza la asistencia letrada durante el proceso penal posterior.

El derecho de defensa es probablemente el derecho más importante y más desarrollado para el investigado (antiguo imputado) o acusado de todos los derechos fundamentales procesales de que goza. Ese derecho se materializa en que el investigado o acusado pueda designar ante todo al abogado de su confianza que desee (llamado defensor de confianza o de elección)²⁷, al que paga sus honorarios, o pedir que se le nombre uno a cargo del Estado (llamado abogado de oficio). Los colegios de abogados son los encargados de organizar la defensa de oficio o gratuita, tanto en la modalidad de asistencia letrada al detenido como para asistencia de oficio, recayendo sobre sus miembros la obligación defensa gratuita de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos estatutarios.

El sistema anglosajón, en general, presenta una gran diferencia aquí, pues ha creado un cuerpo público de letrados para hacerse cargo de los investigados y acusados que carezcan de recursos económicos para poder proporcionarse un abogado de confianza, la Defensoría Pública.

Es probable que los colegios de abogados sean contrarios a su instauración, pero, ¿no valdría la pena estudiar su implementación? Liberaría a los abogados de una pesada carga y, dado que lo que paga el Estado es muy poco

²⁶ Los actuales preceptos 547 a 550 LOPJ y el RD 769/1987, de 19 de junio, son claramente insuficientes, porque la policía que investiga el crimen no se dedica en exclusiva a esta función.

²⁷ No siempre es operativa esta designación, pues tanto España, como Alemania, excluyen al abogado defensor de confianza en caso de peligro de connivencia en la lucha contra la criminalidad organizada (art. 527, a) LECRIM, antes citado, y § 138a del Código Procesal Penal - StPO).

en concepto de honorarios, no se notaría tanto en la economía privada de los interesados.

IV. Y SEGUNDO, LA REFORMA PROCESAL PENAL

Al lado de esas reformas orgánicas que acabo de proponer por creerlas necesarias, deberían producirse otros cambios en la legislación procesal penal de gran calado, con el fin de afrontar con seguridad los complejos retos que presenta la criminalidad actual. A continuación, expongo los que creo que deberían contemplarse en una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A) Un entendimiento correcto del principio acusatorio

Nuestro proceso penal sufre desde hace décadas de un mal entendimiento del principio acusatorio que la nueva LECRIM debe corregir. En el proceso penal sigue siendo un fin primordial averiguar la verdad, por ello el tribunal debe tener facultades de averiguación de los hechos de oficio, incluso en la fase acusatoria del juicio oral. Ello en absoluto es inquisitivo. Debe poder ordenar la práctica de pruebas de oficio y debe poder condenar por el delito que considere que se ha cometido, imponiendo la pena que considere apropiada, opine la acusación lo que opine. Su único límite son los hechos y, por tanto, sólo puede partir de los que resulten probados (lo contrario sí sería inquisitivo)²⁸.

Ni en Estados Unidos, ni en Alemania, se ha interpretado el sistema adversarial o el principio acusatorio así. En USA el Jurado es libre de declarar la culpabilidad o no del acusado, pero sólo teniendo en cuenta los hechos que ante él se han probado por las partes. Declarada la culpabilidad, el juez fija, con jurado o sin él y después de oír a las partes, la pena que considere apropiada. En Alemania el tribunal puede ordenar investigar los hechos mediante nuevas pruebas y es siempre libre de imponer la pena que quiera.

Ello implica que, para dar al principio acusatorio el justo valor que merece, es decir, en la necesidad de que los hechos acusados no puedan ser modificados ni alterados por el tribunal, cuando se piense en un nuevo art. 729-2.º hay que reinterpretarlo de nuevo abandonado la actual limitación a la necesidad de autorización del Fiscal, y que el sentido de un futuro precepto equiva-

²⁸ Especialmente sobre la tesis de desvinculación, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J. *et als*, 2019, pp. 376 y ss.

lente al actual art. 733 ha de considerarse como lo que es, una concesión al principio de contradicción basada en el fin de hallar la verdad material.

B) La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal

Ya hemos explicado antes que el nuevo sistema sin duda alguna cambiará la dirección de la investigación en favor del Ministerio Fiscal. ¿Qué repercusiones procesales penales tendrá esta importantísima decisión? Muchas y de gran calado.

Se va a tener que regular muy bien aquellos aspectos en los que su parcialidad natural podría oscurecer su obligación de una instrucción objetiva y no arbitraria, puesto que al ser el mismo fiscal quien acusase más tarde, la tendencia psicológica a preocuparse sólo del ejercicio de su función persecuidora podría ser irrefrenable. Por ello, entre otros temas, debe regularse especialmente su participación en los actos garantizados, especialmente en las autorizaciones a solicitar al Juez de Garantías.

Pero la cuestión más peliaguda es regular la recurribilidad de los actos de investigación y otros, que afecten al investigado, que ordene. Si se concede una recurribilidad general, al final instruirá un juez, el Juez de Garantías, y con ello la reforma no habrá servido para nada. Si no se permite recurrir ninguna resolución del Fiscal, derechos constitucionales tan importantes como el derecho de defensa, pueden correr serio peligro. Por ejemplo, cuando la defensa solicite la práctica de un acto de investigación a la Fiscalía y ésta se oponga. Un tema complejo.

C) La evolución hacia el Escabinato

Hemos propuesto entre las reformas orgánicas el cambio del Jurado al Escabinato, Las consecuencias procesales son trascendentales, porque implica articular un proceso penal, que sería el ordinario, pensando en este tribunal, lo que implicaría la derogación del proceso penal previsto por la ley del Jurado, sin perjuicio de poder aprovechar las instituciones que han funcionado mejor.

La nueva regulación debería prever con exactitud las consecuencias de la participación más amplia posible en un juicio oral de un ciudadano lego.

D) El control del intervencionismo público

Un atento observador de la realidad percibe con claridad desde hace un tiempo que se está produciendo un notabilísimo aumento del intervencionismo

público en el proceso penal²⁹, en concreto en la investigación del crimen, que está dotando a esta fase de una nueva configuración³⁰.

Una ley de 2015 ha introducido varias medidas de estas características en el proceso penal español [nuevos arts. 588 bis a), a 588 octies LECRIM]³¹.

Es evidente que el Estado debe poder articular una respuesta convincente frente a los crímenes más graves. También es verdad que se han tomado ya hace tiempo medidas directas y contundentes, como un mayor control financiero de operaciones económicas ilegales intentando cerrar el grifo de la financiación de los grupos criminales organizados, sabedores los estados que sin dinero difícilmente pueden subsistir³², lo que afecta muy especialmente al decomiso³³. También ha ayudado la eliminación del secreto bancario³⁴ y la presión internacional contra paraísos fiscales³⁵. El reconocimiento del deber de *compliance* en el caso de personas jurídicas, para evitar su responsabilidad penal, contribuye igualmente a un mayor control de sus actividades ilícitas³⁶. Pero, con toda su importancia, no ha sido suficiente para menguar o incluso detener la criminalidad organizada.

Por ello, se observa que la evolución en esta materia nos ha llevado a un proceso penal casi desconocido, en el que:

a) De ser sujeto pasivo de la investigación únicamente el sospechoso, investigado o encausado, se pasa a poderse investigar hoy en la fase sumarial o de diligencias previas a terceros³⁷, es decir, a personas que no son sospechosas, o que no están ni siquiera relacionadas con los hechos [art. 588 ter c) LECRIM].

²⁹ He trabajado este tema, desde diferentes perspectivas, en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2019, pp. 265 y ss.; Idem (2020-1, en prensa); y, últimamente, Idem (2020-2 en prensa).

³⁰ ROXIN, C., 2015, pp. 374 y ss.

³¹ 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.

³² Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave* (BOE de 22 de febrero de 2019).

³³ VIDALES RODRÍGUEZ C. / PLANCHADELL GARGALLO, A., 2018, pp. 116 y ss.

³⁴ Informe de 24 de marzo de 2000 del Comité de asuntos fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de acuerdo con la Resolución de Consejo C (97)64/FINAL, para *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*, que se puede consultar en <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>.

³⁵ El *Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir nuevas formas de evasión*, de 2018, prevé la actualización y ampliación del concepto de paraíso fiscal, con base en los principios de equidad fiscal y transparencia.

³⁶ Me remito al Tratado que he coordinado: GÓMEZ Colomer (coord.), J. L., 2019, pp. 77 y ss.

³⁷ MARCHENA GÓMEZ, M., 2015, pp. 227 a 231.

b) De estar excluida la opacidad y oscurantismo en la investigación del crimen porque daba lugar a pruebas no contrastadas (que de ser admitidas serían prueba prohibida sin duda alguna), se pasa ahora a permitir que las investigaciones de información e inteligencia realizadas, generalmente de oficio, por los servicios secretos estatales, de naturaleza pública (Centro Nacional de Inteligencia –CNI– en España, fundamentalmente), aprovechándose de la nueva regulación, se puedan admitir como prueba pericial (llamada de inteligencia) sin comprobar con exactitud procesal su fiabilidad, simplemente por haber sido obtenidas por el servicio de inteligencia [por ejemplo, grabaciones de voz, imagen o ambas de sospechosos o terceros al amparo del art. 588 quinquies, a) LECRIM]³⁸.

c) De considerarse la intimidad de las personas un bien sagrado e intangible, constitucionalmente protegido al máximo nivel, se permite hoy que la investigación policial puede valerse de medios técnicos electrónicos e informáticos para espiar nuestras comunicaciones y relaciones [art. 588 septies a) LECRIM], en realidad toda nuestra vida³⁹.

d) Finalmente, de considerarse que determinadas vigilancias policiales [las amparadas en los arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c) LECRIM]⁴⁰, únicamente eran posibles en casos muy graves y justificados, y siempre previa autorización judicial, se ha pasado a entender hoy que algunos de los nuevos medios de vigilancia, que por su alta tecnología y fiabilidad técnica pueden acceder a contenidos que van mucho más allá de una investigación concreta, no afectan al domicilio de las personas ni tampoco a su vida privada, con alguna excepción o matiz, si se instalan fuera de él y dan lugar a descubrimientos casuales, que hoy se admiten como prueba legítima sin discusión alguna por nuestra jurisprudencia, ya que no forman parte de los frutos del árbol envene-

³⁸ El Centro Nacional de Inteligencia español se rige por la Ley 11/2002 y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo. Su función principal es facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones. Su actividad está sometida a control judicial previo cuando deban adoptarse medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro. Pero nada más se dice.

³⁹ Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

⁴⁰ Vide la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; y la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

nado por la falta de conexión antijurídica con la prueba que realmente se estaba buscando [art. 588 bis i) LECRIM]⁴¹.

El problema será, por tanto, en la nueva LECRIM, si mantiene este nivel de intervencionismo público, lo aumenta o lo limita. El nivel democrático alcanzado por España en los últimos años no puede tolerar un agujero tan grande que permita la regularización de un estado policial, por lo que deben establecerse adecuadas medidas de control, contemplando sobre todo con lupa aquellos casos en los que, por razones de urgencia, se puede actuar por las autoridades públicas de persecución sin la necesaria autorización judicial previa.

E) Una mejor protección de la mujer

Aunque España ha incorporado en 2015 la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, consagrando el llamado Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, cit. al principio de este texto)⁴², por lo que respecta a la mujer su situación como víctima todavía es manifiestamente mejorable.

Si bien estoy pensando en varios aspectos, el más preocupante afecta a las víctimas de la violencia de género que, legalmente, se acogen a la dispensa para declarar como testigo del art. 416 LECRIM, en previsión de más graves abusos físicos y psíquicos por sus parejas si lo hacen. Parece razonable en los tiempos que corren eliminar esa dispensa y, para el caso de que puedan ocurrir incidencias graves que impidan una declaración en el juicio oral, o una inesperada retractación, permitir que el tribunal pueda valorar la declaración ante la Policía o el Fiscal, para lo que deberá grabarse con todas las garantías y alcanzar el carácter de prueba preconstituida.

Otro tema no menos relevante es definir de una vez por todas los indicios que permitan deducir que su declaración es veraz. El TS va avanzando en esta materia, pero deberá ser la futura LECRIM la que fije legalmente los criterios aceptables cuando la víctima mujer es la única testigo de los hechos criminales que ha sufrido o sufre. La definitiva confiabilidad en el testimonio debe dejarse siempre en manos del tribunal sentenciador, que la valorará libremente.

⁴¹ Sobre las excepciones en materia de prueba prohibida, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., en GÓMEZ COLOMER, J. L. / PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017), t. II, pp. 377 y ss., esp. pp. 390 a 393.

⁴² He comentado ampliamente este ley en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2015-1, *passim*.

Pensar también en mejoras de la tutela penal frente a delincuencia cibernética contra la mujer, de la orden de protección, o en permitir indubitablemente que la víctima que ha denunciado penalmente un delito de acoso sexual o laboral, u otro delito de naturaleza sexual por parte de un funcionario, especialmente si es su superior jerárquico, en caso de sobreseimiento o absolución, pueda ser parte en el procedimiento administrativo sancionador⁴³, sería igualmente saludable.

F) Principio de oportunidad: Persecución, transacción y reparación

La nueva LECRIM deberá afrontar definitivamente una regulación aceptable del problemático principio de oportunidad. Además de regular mejor los casos que conformen alternativas a la persecución penal, con sujeción al principio de legalidad y a autorización del Juez de Garantías, al menos en su mayor parte⁴⁴, así como la llamada Justicia Restaurativa, permitiendo sólo el acuerdo para obtener una rebaja de pena cuando la víctima haya sido real y totalmente reparada, se deberá entrar de una vez en una regulación moderna de nuestra conformidad, adaptándola a los criterios actuales de la llamada justicia negociada.

Esto no es fácil, porque parece que a través de ella se pretenda en cualquier caso que el juicio no tenga lugar (parece haberse convertido, como hemos tenido ocasión de afirmar antes, en la finalidad principal del proceso penal actual), y esto no es admisible en una democracia cuyo Derecho Penal se rige por el principio de legalidad.

Por ello la nueva LECRIM debería fijar con claridad meridiana qué delitos son negociables y qué delitos no, bien por el sistema de designación concreta, bien por la cantidad de pena fijada en abstracto por el Código Penal.

Es perfectamente comprensible que, estando la Justicia colapsada y careciendo el Estado de recursos para más medios humanos y materiales, se busquen soluciones alternativas que atajen o minimicen esa crisis sin atentar contra el sistema destruyéndolo. Si los pocos jueces existentes, en esta línea, no

⁴³ Habría que reformar también obviamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., 2017, pp. 273 y ss.

⁴⁴ En definitiva, las alternativas a la persecución penal implican que el proceso no se inicia formalmente porque se dan determinadas circunstancias, que deben tasarse legalmente, que lo hacen estéril o desproporcionado. El ejemplo comparado que más nos afecta es el alemán, pues los §§ 153, 153a a 153f y 154 de la StPO regulan con detalle las alternativas a la persecución. Véase una visión general muy amplia en ROXIN, C. / SCHÜNEMANN, B., 2017, pp. 228 a 309. Extensamente sobre cada uno de los supuestos legales, MEYER-GOSSNER, L. / SCHMITT, B., 2015, pp. 747 y ss. También puede verse la traducción de estas normas, aunque han existido reformas, en GÓMEZ COLOMER, J. L., 1985, pp. 47 y 48, y 330 a 334.

pueden celebrar todos los juicios orales de todos los procesos incoados porque son muchos, mejor, se dice, prescindamos de la legalidad penal y resolvamos todo antes de llegar a juicio. Pero no es la solución correcta mientras el principio de legalidad penal se interprete como se debe interpretar.

Esta decisión implicaría eliminar casi todos los trámites del proceso en primera instancia, reducir al mínimo la participación de las partes, excluir absolutamente la participación de terceros, y suprimir la segunda instancia y la casación. Pero si nos fijamos bien, el cambio es mucho más profundo, porque en esos tres casos, alternativas a la persecución penal, negociaciones sobre la declaración de culpabilidad y Justicia transaccional, la copia del modelo anglosajón significa darle la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro Derecho Penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal.

G) Oralidad y simplificación procedimental

El procedimiento debería cambiar también en la nueva LECRIM, y profundamente, desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se debe conseguir una auténtica vigencia del principio de oralidad. El nuevo proceso penal debería estructurarse en audiencias, no más de tres. Así, el proceso penal debería comenzar con la acusación, sin perjuicio de la necesaria fase previa de investigación. Y debe comenzar con una audiencia preliminar en la que se formule dicha acusación, basada en indicios fundados, contra el investigado y en la que se le impongan las medidas cautelares que se considere procedentes. A partir de ahí debe preverse un tiempo de aseguramiento para avanzar en la investigación y para practicar los actos procesales que se considere necesarios, especialmente a instancias de la defensa. El Fiscal comunicará a su finalización las pruebas de cargo que tiene y se citará para una audiencia (una audiencia de control formal) en el caso de que la defensa considere que no hay delito, que hay falta de presupuestos procesales o que alguna prueba ha sido obtenida vulnerando los derechos fundamentales, de manera que a la tercera audiencia, la de juicio oral, se llegue, libre de incon-

venientes formales, sólo para discutir el fondo, para probar la culpabilidad o inocencia del acusado ante el tribunal de escabinos o el juez profesional.

b) En segundo lugar, la nueva LECRIM debe acabar con el caos procedimental actual y suprimir todos los procesos ordinarios y especiales, dejándolo en un único proceso penal, con dos especialidades, según se celebre ante tribunal de escabinos o no, lo que implicaría una regulación distinta del juicio oral, y de la deliberación y votación de la sentencia; y según exista conformidad (Justicia negociada) o no, lo que implicaría fijar el momento o momentos en que se puede producir y la regulación del salto a dictarse sentencia directamente por el juez competente.

Todos los procesos penales especiales actuales dejarían de serlo, y si se han de prever especialidades en casos de aforamiento, rebeldía del acusado, delitos contra el honor (privados) o delitos de imprenta, se incardinarían disposiciones específicas en su lugar oportuno, sin alterar la esencia del proceso penal ordinario. La intervención de la Fiscalía Europea se acomodaría a normas particulares en la instrucción y en el juicio oral.

H) Relativas a aspectos procesales concretos

Quedarían algunas cuestiones importantes por decidir. Enumero las que considero más relevantes:

1.^a) ¿Qué hacemos con la acción popular? Hay corrientes de pensamiento contrarias a ella, pero casi todas tienen un sesgo ideológico. La realidad es que está prevista en el art. 125 CE y, por tanto, hay que seguir contando con ella. Que se estudie una limitación de su legitimación o un acotamiento de su intervención es un tema, sin embargo, que inevitablemente se tendrá que abordar.

2.^a) ¿Cómo acomodamos a nuestra instrucción el magma de normas que actualmente la regulan? Si nos fijamos, además de las disposiciones de la LECRIM, nos afectan normas supranacionales e internacionales, normas europeas, principalmente en materia de derechos humanos; sin perjuicio de tener que adaptar multitud de Reglamentos y Directivas europeas⁴⁵; así como se han de prever y cumplir no menos normas europeas sobre intercambio de actos de investigación y probatorio, así como sobre medidas cautelares, sin perjuicio de condenas, entre países. A ello añadamos la gran cantidad de circulares e ins-

⁴⁵ Por ejemplo, por estar ahora pendiente de adaptación, el de la Fiscalía Europea, Rto. (UE) 2017/1939).

trucciones internas de la Fiscalía que, instruyendo éste, van a alcanzar un enorme valor a partir de la reforma.

3.^a) Debe valorarse si de una vez damos entrada a una regulación actual de los indicios, que están usándose subrepticamente para desvirtuar la presunción de inocencia y así relajar el principio de libre valoración de la prueba.

4.^a) Hay que estudiar seriamente si realmente reforzamos la fianza carcelaria para que la prisión provisional deje de ser la regla para convertirse en la excepción.

5.^a) Finalmente, puesto que es obligado afrontar el tema de la inteligencia artificial en el proceso penal, deberemos fijar en qué actos puede utilizarse y en qué actos no, estableciendo los controles necesarios sobre los correspondientes algoritmos, impidiendo cualquier posible ataque a la independencia judicial.

IV. CONCLUSIONES

He hecho hasta aquí un apretado resumen de cómo enfocaría el contenido de una totalmente nueva LECRIM. Evidentemente es una mera opinión sobre el tema, fundada, pero privada.

En conclusión, apuesto sistemáticamente por una evolución propia y no por un modelo extranjero, aunque se recojan instituciones clave del sistema adversarial anglonorteamericano. Ese proceso penal español totalmente renovado debería basarse más en nuestra Constitución y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo y regulando todos los avances jurisprudenciales, particularmente en materia de derechos fundamentales del investigado. El aporte ya existente de nuestro Tribunal Supremo compatible con el nuevo proceso debería ser tenido en cuenta siempre.

Normativamente, es el momento de reunir en un único cuerpo legal todas las normas europeas que afectan al proceso penal. También debería hacerse un estudio detenido de aquellas interpretaciones de la Fiscalía expresadas ya en circulares e instrucciones que fueran compatibles con el nuevo proceso, para incorporarlas y facilitar así su general aplicación.

Por lo demás, sin entrar ahora en los detalles expuestos en este artículo, recuerdo la necesidad de optar procedimentalmente por una verdadera oralidad y de lograr una auténtica simplificación procedimental.

En cuanto a las cuestiones orgánicas, creo sinceramente que debe reformarse nuestra Fiscalía y separarla del Poder Ejecutivo. Un análisis interdisci-

plinar serio y riguroso para levantar la pesada carga que pesa sobre la abogacía en los temas de defensa de oficio, pensando en crear una Defensoría Penal Pública, no debería descartarse sólo por no gustar a determinados colectivos.

Y termino: Pensar en que sólo con una nueva y muy buena Ley de Enjuiciamiento Criminal resolveremos todos los problemas actuales de nuestra Justicia penal es una ingenuidad y, probablemente, también una irresponsabilidad. Ello sólo se logrará cuando el poder político se crea de verdad que sin Justicia no hay una verdadera democracia, no considere a los jueces sus enemigos y emprenda una acción conjunta, de amplios y variados frentes, para alcanzar la justicia que los españoles deseamos y nos merecemos hoy.

REFORMA PROCESAL PENAL: ALGUNAS CUESTIONES URGENTES ¹

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Corría julio de 2020 cuando haciendo frente a los mil y un problemas que la pandemia provocaba, se organizaron en la Universidad de Cádiz unas Jornadas presenciales sobre «La Política Criminal ante una nueva Legislatura» auspiciadas por las Secciones Española y Portuguesa de la Asociación Internacional de Derecho Penal en las que tuve el honor y el placer de intervenir.

Desde aquí, nuevamente, mi felicitación por la organización de las Jornadas al responsable para España de la AIDP, Dr. Adán Nieto Martín y a la Dra. María Acale Sánchez a quién además, como cara visible de la Universidad de Cádiz, manifiesto mi agradecimiento por la cálida acogida que nos dispensaron al grupo de investigadores que allí nos reunimos para debatir en torno a temas de actualidad penal de carácter sustantivo y procesal.

En esas Jornadas, tras la magistral exposición del Dr. Gómez Colomer sobre las grandes cuestiones dogmáticas acerca del deseable modelo procesal

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de investigación «Claves de la Justicia civil y penal en la sociedad del miedo» –PROMETEO/2018/111 B Generalitat Valenciana–; «Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar» –UMA18-JA175–. Se corresponde en lo esencial con la ponencia impartida el 17 de julio de 2020 en la Universidad de Cádiz en el marco de las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal «La política criminal ante una nueva legislatura». Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas.

penal y su reforma para poder pasar a un verdadero modelo de justicia adaptado a los tiempos vigentes², me centré yo en tres cuestiones que consideraba especialmente relevantes y/o necesitadas de especial atención de cara a una modificación. Modificaciones, algunas de ellas, requeridas directa o indirectamente por la necesaria transposición y/o aplicación de normas de la Unión Europea: tránsito a un modelo de Fiscal investigador, mejora del sistema de conformidades y profunda modificación en la regulación de las medidas cautelares, de imprescindible sistematización.

Cuando recupero para este trabajo la exposición que entonces realicé se han producido algunas novedades de importancia: la aprobación en sesión del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020 del Anteproyecto de LECrim y del Anteproyecto de Ley Orgánica para la implementación de la Fiscalía Europea. Es imposible hacer un estudio riguroso y mínimamente sosegado de ambos Anteproyectos dada la fecha de su aprobación, cuando ya se tienen redactadas estas páginas. Pero sí efectuaré, siquiera sea de manera sucinta o a pie de página, alguna referencia a la regulación de varias cuestiones relacionadas con los aspectos que a continuación voy a abordar.

II. TRÁNSITO A UN MODELO DE FISCAL INVESTIGADOR

Comencemos por lo más obvio: tránsito a un modelo de fiscal investigador conforme al modelo ya acogido en los Anteproyectos de 2011³ y 2013, siguiendo el camino marcado por el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, suscrito por el Partido Popular y por el Partido Socialista Obrero Español⁴.

No me voy a detener sobre la problemática general que este cambio entraña y en las cuestiones de política criminal y dogmática procesal penal, abordadas por el Dr. Gómez Colomer en esta misma obra colectiva, a cuya detenida lectura remito⁵.

Simplemente voy a añadir algunos aspectos concretos que, en mi opinión, abonan la necesidad de que este cambio se acometa de una vez por todas.

² Véase sobre estos aspectos GÓMEZ COLOMER, J. L. «Bases de lo que debería ser una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», en esta misma obra colectiva.

³ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de ministros de 22 de julio de 2011 (conocido como Anteproyecto Caamaño) y Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

⁴ Cuyo apartado 17, dedicado a la necesidad de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya planteaba la posibilidad de atribuir la función de investigación en el proceso penal al fiscal y la aparición de un nuevo papel diferenciado del juez como juez de garantías.

⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. «Política criminal y dogmática procesal...», *op. cit.*

El cambio de modelo a una investigación dirigida por el Fiscal, con un Juez de Garantías al lado que adopte las medidas restrictivas de derechos es el aceptado por los Anteproyectos de LECrim de 2011, 2013 y, como es sabido, por el que se acaba de aprobar en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 tras su elaboración por la Comisión de expertos designada por el Ministerio de Justicia.

No es cuestión de traer aquí las ventajas o inconvenientes del nuevo modelo, cuestiones que por conocidas nos excusan de todo comentario⁶.

Pero si parece conveniente recordar alguna razón adicional cuya importancia a veces se desdeña.

Me refiero, en primer lugar, a la más que probable mejora que el cambio supondría en el funcionamiento de la cooperación judicial penal en el ámbito UE. A este respecto, el Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del Consejo de la Unión Europea sobre España publicado el 9 de octubre de 2014, analiza de forma completa y realista la situación existente, destacando la falta de un marco legal homologable con la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Este informe afirma que «el sistema procesal español es extremadamente complejo y fragmentario», y que «la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial». Por ello recomienda «reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de todos los actores de la asistencia judicial en España»⁷.

Y, en segundo lugar, y tanto o más importante, a la relevancia que va a tener en nuestro proceso penal la entrada en funcionamiento en diciembre de 2020 de la Fiscalía Europea, por aplicación del Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía de la Unión Europea.

Se trata de una circunstancia que hace altamente aconsejable el cambio general hacia un modelo de fiscal investigador, pues resulta difícilmente de-

⁶ Véase, entre otros, el estudio de FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, pp. 21-38 y los de Díez-PICAZO, L. M., «Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador» y MORENO CATENA, V., «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», ambos en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico* 1/2007 *¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007, pp. 28-39 y 74-97, respectivamente. *Vid.*, asimismo MORAL GARCÍA, A. DEL: «La Reforma del Proceso Penal: retos y objetivos» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2186, febrero 2016 (Monográfico 8: Las reformas del proceso penal); pp. 205-236.

⁷ Consejo de la Unión Europea (Grupo Genval), *Informe de evaluación sobre la Sexta ronda de evaluaciones mutuas. Informe sobre España* (Doc.1104/2/14), pp. 11, 31, 47 y 75.

fendible la coexistencia de dos modelos diversos en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. Ciertamente es que en realidad ya contamos con esta dualidad (no olvidemos el proceso penal de menores), pero cosa distinta es que a partir de diciembre de 2020 para el proceso penal de adultos estemos sometidos a una investigación totalmente diversa en función del tipo de delito que hayamos cometido (PIF o no).

Ante la imposibilidad de contar con un nuevo texto procesal penal, la solución pasaba por realizar un nuevo «parche» dentro de la LECrim. para hacer las modificaciones imprescindibles para el funcionamiento de la Fiscalía europea, o bien por adoptar una norma *ad hoc* para su regulación. Modificaciones a las que, naturalmente, en todo caso habrían de sumarse las de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y es que, pese a tratarse de un Reglamento, norma que tiene eficacia directa en los ordenamientos nacionales, algunos de sus preceptos requieren de los ajustes correspondientes a nivel interno.

Nuestro prelegislador ha optado por una solución en cierto modo combinada.

Ha prescindido de «parchear» la vigente LECrim elaborando en cambio un Anteproyecto específico para el encaje de la Fiscalía Europea en nuestro sistema nacional que nace con una vocación de interinidad en tanto será aplicable mientras no llega la esperada nueva LECrim.

En efecto, el pasado 24 de noviembre, junto al Anteproyecto de LECrim también se aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En él se aborda de manera completa todas las exigencias que entraña la incorporación de esta nueva institución a nuestro sistema procesal penal, regulándose las funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea, incluyendo reglas de competencia objetiva y territorial con delimitación de las atribuciones que se conferirán en estos procedimientos al Juez de garantías y, asimismo, las normas de desarrollo del procedimiento con el nuevo sistema de investigación bajo la dirección del Fiscal europeo delegado⁸. Todo ello acompañado, además, de las modificaciones oportunas de la LOPJ y del EOMF.

⁸ Recuérdese que el modelo que implanta el Reglamento, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal

Se trata de una regulación que, como decimos, tiene un carácter transitorio⁹, a la espera de la aprobación y futura entrada en vigor de la nueva LECrim en la que la investigación del Fiscal se reconocerá ya como modelo general y hará innecesaria la referida regulación específica del Anteproyecto que comentamos, bastando, en cambio, con la inclusión dentro del Libro dedicado a los procedimientos especiales, de uno específico para la actuación de la Fiscalía Europea¹⁰.

En definitiva, y como puede leerse en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Fiscalía Europea, la nueva norma «constituye además de un ejercicio de adaptación normativa, un vehículo hacia el nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Vehículo que, sin embargo, debe ser entendido como paso intermedio y no definitivo en la transición entre modelos. Así, la norma parte de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resultará de aplicación supletoria, para, apoyándose en esta regulación, incorporar a nuestro ordenamiento las lógicas del que habrá de ser el futuro proceso penal. Pero esta incorporación no se produce de forma total ni definitiva, sino únicamente en el ámbito propio de la institución que es llamada a regular, con ciertas limitaciones propias del carácter especial de la presente ley y solamente en tanto no se disponga de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal capaz de culminar el proceso de transformación. Puede decirse entonces, que «esta norma nace con vocación de transitoriedad, a modo de puente entre dos paradigmas que habrán de confluir durante el periodo de tiempo necesario para que la transformación se produzca en la totalidad del sistema»¹¹.

III. MEJORA DEL PROTOCOLO DE CONFORMIDADES

Sigamos a continuación, entre la selección de materias susceptibles de reforma y mejora, por un indispensable retoque en el procedimiento de obtención de la conformidad, claramente inspirado por los aires utilitaristas/economicistas tendentes a potenciar las negociaciones intraprocesales para obtener

⁹ Carácter transitorio afirmado expresamente en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto en cuyo apartado I *in fine* se indica que se trata de una norma «que, de forma transitoria y hasta se produzca a nivel nacional el necesario cambio de paradigma, inserte en la legislación aún vigente las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea».

¹⁰ Véase el Título IV (Procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea) dentro del Libro VIII (Procedimientos especiales) del Anteproyecto de LECrim.

¹¹ Exposición de Motivos, apartado II.

conformidades que eviten la celebración del juicio oral pero en el que la víctima tiene un discreto, por no decir nulo, papel.

No cabe duda alguna de que las soluciones consensuadas han venido para quedarse.

La potenciación por la reforma procesal penal de 2002¹² de las soluciones incorporadas en 1988¹³, arrojan unos reveladores datos de la consulta a las distintas Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado.

Así, y por centrarnos en las más recientes, en 2018, del total de sentencias condenatorias dictadas en los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, el 62% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 47% respecto del total de las sentencias. Más concretamente, en diligencias urgentes (juicios rápidos) el 67% de las calificaciones se llegó a conformidad en el juzgado de instrucción.

Esa tónica se mantiene a la vista de la consulta de los datos que arroja la Memoria del año 2019. De nuevo, el mayor número de sentencias condenatorias se produjo por la conformidad del acusado y su letrado con la calificación del Fiscal. Así, del total de sentencias condenatorias que constan dictadas por los Juzgados de lo Penal (113.234), 71.909 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal (el 63%). En las Audiencias Provinciales se dictaron un total de 7.814, de las cuales 4.282 (el 55%) lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal. Esto supone que, del total de sentencias condenatorias dictadas en los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, el 63% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 48% respecto del total de las sentencias.

Es más; las bondades de la «conformidad premiada» y los elevados índices de este tipo de sentencias en los juicios rápidos pueden estar en la base de que, entre otras propuestas de reforma legislativa, la Fiscalía General del Estado en la Memoria correspondiente al año 2018 apuntara modificar el ámbito de aplicación de los juicios rápidos extendiéndolo a delitos de mayor gravedad¹⁴.

¹² Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

¹³ Se introduce el procedimiento abreviado por medio de Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴ En ella podía leerse que «Se pone de manifiesto cómo las últimas reformas del Código Penal, en algunos casos, han determinado que muchos de los delitos que era posible tramitar a través de este procedimiento hayan quedado ahora excluidos del mismo, al preverse ciertos tipos agravados cuya pena excede de esos cinco años de privación de libertad. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del delito de robo en casa habitada, para el que el actual art. 241.4 CP establece penas que podrían llegar a alcanzar los seis años de

Petición de reforma ésta que, sin embargo, no se ha reiterado en la Memoria correspondiente al año 2019.

Teniendo en cuenta que el panorama real es éste, aunque a los procesalistas no nos termine de convencer atendida la lesión que entraña al principio de legalidad, al acusatorio, al derecho de defensa y al principio *nemo tenetur* con el consiguiente desequilibrio de las partes¹⁵, habrá que legislar desde la realidad, pero procurando al menos mejorar las condiciones para la obtención de esta conformidad y diseñar un procedimiento para su logro que realmente consiga una auténtica economía procesal (mediante su anticipación en todo caso a una fecha previa a la del inicio de las sesiones del juicio oral) y conciliándolo con las legítimas expectativas y mínima consideración debida a la víctima, que todavía aún hoy asiste estupefacta a conformidades realizadas a la puerta de la sala de vistas e incluso «a pie de estrados», cuando ha sido citada para testificar en el juicio oral¹⁶.

Nos centraremos en estas dos cuestiones que acabamos de apuntar, aunque somos conscientes de que otras muchas podrían traerse a colación.

La solución pasa, en primer lugar, por una correcta aplicación del Protocolo de actuación para juicios de conformidad, suscrito el 1 de abril de 2009 por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española y al que siguió, en el mismo año, una Instrucción de la Fiscalía General del Estado (la n.º 2/2009) sobre aplicación de dicho Protocolo, para procurar su articulación en un momento temprano.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2018 así lo indica: «potenciar la aplicación del Protocolo de Conformidades entre la Fiscalía General del Estado y los Colegios de Abogados y generalizar la previsión legal establecida en el art. 779.5 LECrim. Tal conclusión se fortalece si además se pone atención en el volumen de conformidades que se alcan-

prisión; otro tanto ocurre con el delito de revelación de secretos del art. 197.6 CP, para el que se prevén ahora penas que pueden llegar a los siete años y seis meses de prisión. Los encorsetados límites de aplicación que se prevén para este procedimiento vienen, en consecuencia, a excluir la conformidad privilegiada que para el mismo establece la ley, cuando en realidad se sigue tratando, en muchos casos, de delitos flagrantes o de sencilla tramitación».

¹⁵ Las razones son muchas y de imposible reproducción en estas páginas. Pero resulta sumamente ilustrativo de los problemas que indicamos la lectura de los trabajos de A. DEL MORAL GARCÍA («La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, N.º 1, 2008, pp. 9 a 11 especialmente) y de J. L. GÓMEZ COLOMER (*La contratación del derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 255 a 265).

¹⁶ Recuérdese que tal posibilidad cuenta con cobertura legal en los arts. 784.3 y 787.1 de la LECrim que permiten la presentación de escritos conjuntos que acojan la conformidad de acusación y defensa en cualquier momento anterior a la celebración del juicio oral y, asimismo, que al inicio de las sesiones del juicio oral el acusado manifieste su conformidad con el escrito de acusación que entonces se presente y cuyo contenido habrá sido pactado tan sólo unos minutos antes «a pie de estrados».

zan con carácter previo al juicio oral, una vez señalado y cuando ya han transcurrido los tiempos medios referidos, lo que malogra gran parte de los beneficios que, tanto para las partes como para la organización en general, se producen cuando la conformidad se logra en un momento procesal anterior».

Un buen ejemplo e intento de mejorar en la práctica el logro de acuerdos de conformidad es el realizado por los Juzgados de Valencia en 2020 con motivo del COVID-19 adaptando el Protocolo general de conformidades elaborado y firmado entre el Consejo General de la Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado en 2009. En él se establecen los mecanismos adecuados para propiciar la obtención de conformidades dentro de los plazos deseables fijados en el Protocolo general y, en todo caso, con tiempo suficiente para evitar citaciones y los traslados para asistencia a juicios¹⁷.

Pero, en segundo lugar, resulta imprescindible en nuestra opinión dar audiencia a la víctima. Nos referimos, obviamente, a la víctima no personada puesto que la personada como acusación popular o como actor civil en la causa deberá ser oída en todo caso¹⁸.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2009 recoge la exigencia de que los Fiscales, de cara a la conformidad, cuiden «la especial protección de los intereses de las víctimas y los perjudicados por el delito, oyéndolos previamente cuando sea necesario para ponderar los efectos y el alcance del acuerdo»¹⁹. El problema se halla en que el cumplimiento de esta previsión recogida en la Conclusión 6.º de la Instrucción se omite en más ocasiones de las que debiera, atendido que la audiencia sólo resulta inexcusable en los casos en que «por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad»; en los restantes el Fiscal «*procurará oír previamente a la víctima o perjudicado... siempre que sea posible y lo juzgue necesario* para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad», términos que rebajan enormemente la pretendida tutela de los derechos de las víctimas²⁰.

¹⁷ Vid. Adaptación del Protocolo de Actuación para conformidades penales suscrito entre la Fiscalía Provincial de Valencia y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia como complemento y desarrollo del Protocolo de conformidad de 2009 y a la vista de la Instrucción 2/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de dicho Protocolo de conformidades.

¹⁸ En el Protocolo anteriormente citado así se indica (apartado III) como también lo hace la Instrucción 2/2009

¹⁹ Vid. Conclusión 6 de la Instrucción 2/2009, de 1 de abril de 2009, sobre aplicación del Protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española

²⁰ La cursiva es nuestra. Vid. apartado III.2 de la Instrucción 2/2009, anteriormente citada.

La terminología empleada, tan poco concluyente, puede estar en la base de que pese a las buenas intenciones que traslucen, en la práctica la audiencia previa a la víctima sea anecdótica, limitándose mayoritariamente a la información *ex post* también prevista en la citada Instrucción cuando indica que «Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad una vez pactada, y de sus consecuencias procesales».

A nuestro juicio, esto no es suficiente.

La Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, deberían hacer reflexionar al legislador sobre este punto y avanzar en el sentido que proponemos²¹. En ella se aboga por impedir a la víctima cualquier tipo de victimización secundaria. Y, a este respecto, somos de la opinión de que negociar la conformidad a espaldas de la víctima normalmente entraña una revictimización. Las víctimas no entienden el arrinconamiento al que se les somete en el proceso y, muy especialmente, la que perciben como exclusión del propio sistema resultante de un acuerdo de conformidad entre el Fiscal y la defensa. Máxime cuando esta exclusión en muchas ocasiones se materializa privándole del acceso a la sala de vistas, y se le informa de resultado del acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la defensa del victimario agradeciéndole el haber venido al juicio pero indicándole que como consecuencia de haberse alcanzado una conformidad, con la consiguiente rebaja de la pena, puede marcharse a su casa²².

Sorprende, en este sentido, que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, que incorpora a nuestra legislación la Directiva 2012/29/UE, pese a la frecuencia con que se realizan los pactos de conformidad, guarde un absoluto silencio sobre este punto. Máxime cuando se trata de una Ley cuyos esfuerzos se han centrado especialmente en atender y potenciar los derechos de las víctimas que no se han constituido en parte en el proceso²³, habiendo llegado a darles entrada en fase de ejecución mediante su preceptiva audiencia

²¹ Concluye GÓMEZ COLOMER tras su exhaustivo estudio sobre el estatuto jurídico de la víctima del delito que, pese a los avances producidos por la Directiva y por la Ley 4/2015, la víctima es un ser todavía desprotegido (Estatuto jurídico de la víctima del delito. *La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 413-416).

²² Gráficamente descrito por ALMANSA LÓPEZ, A., «Hacia la justicia restaurativa desde mi trabajo como Abogado» en Soletto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 218-219

²³ Habida cuenta de que la legislación procesal española ya trata debida y generosamente la posición procesal de las que si se han constituido como parte en calidad de acusador particular o de actor civil.

con carácter previo a la adopción por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de alguna de las resoluciones indicadas en el art. 13 LEV²⁴.

Veamos ahora mediante un rápido vistazo al Anteproyecto de 2020 (en adelante, ALECRim), las soluciones que el prelegislador baraja sobre los aspectos que hemos comentado.

Comenzando por el último de los apuntados, lo cierto es que el texto guarda un abrumador silencio sobre la participación de la víctima en el procedimiento para la articulación de la conformidad tanto en la Exposición de Motivos (Apartado XXVI) como en el articulado (*cf.* arts. 164-173), limitándose a prever que el Juez de la Conformidad, al que encomienda velar por la debida reparación de la víctima, rechazará la homologación del acuerdo de conformidad presentado si con él no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima (art. 172 ALECRim). Tal solución, aunque poco ambiciosa a nuestro juicio²⁵, al menos avanza un paso más en la tutela de la víctima mediante la introducción indirecta de su papel y de su debida consideración entre las variables de las que finalmente se hace depender el éxito de la conformidad.

Más acertados, en cambio, los pasos que se dan en pro de encauzar la conformidad en unos correctos espacios temporales tendentes a la consecución del deseable objetivo de economía procesal. Lo que se logra mediante el establecimiento de un plazo preclusivo (diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral) transcurrido el cual se impide que un acuerdo posterior pueda desplegar efecto alguno merced a la obligación del tribunal de resolver en atención a la prueba practicada en el juicio oral, sin que la confesión del acusado o la adhesión de la defensa a las pretensiones de la acusación pueda producir los efectos de la conformidad ni aplicar el beneficio a que ésta puede conducir (la imposición, a petición del Fiscal, de la pena inferior en grado a la prevista legalmente)²⁶.

²⁴ Por más que en la práctica la citada intervención sea más restringida que lo que inicialmente pudiera derivar de una lectura apresurada del referido art. 13 LEV. Sobre este punto, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., «De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal», en Soleto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 307-342.

²⁵ Aunque acertada desde el punto de vista del reforzamiento del papel del Juez a la hora de la homologación de la conformidad, en la medida que puede acabar con el pasivo al que *de facto* se le ha conducido en la práctica, limitado a un laxo control sobre la regularidad de la conformidad formalizada ante él. *Vid.* en este sentido LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la justicia penal: conformidad, mediación y reparación», en Calaza López, S. y Muínelo Cobos, J. C. (coordinadores), *Justicia, reparación y reinserción*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020, pp. 152 y 156.-

²⁶ *Cfr.* arts. 171 en relación con 170.5 ALECRim.

Con tales prevenciones se avanza en la solución de poner coto a las denominadas «conformidades encubiertas»²⁷, lo cual es también digno de aplauso. Como también lo es el que se hayan fijado límites al *quantum* de beneficio penológico que tiene como contrapartida la conformidad²⁸, hoy únicamente fijada para la denominada conformidad premial de los juicios rápidos (art. 801 LECrim) y que en el Anteproyecto se cifra en la reducción de la pena en grado a la prevista la legalmente, a petición del Fiscal (art. 170.5 ALECRim).

Mayores dudas nos suscita, en cambio, la idea de permitir la extensión del mecanismo a todo tipo de delitos con independencia de su gravedad; esto es, prescindiendo del límite de seis años de petición de pena que hoy marca con carácter general el art. 787 LECrim²⁹.

En efecto, en la Exposición de Motivos del conocido como Anteproyecto Caamaño se podía leer que «la limitación vigente de la conformidad en atención a la gravedad de las penas no ha tenido un reflejo real en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión. Este recurso solapado a la conformidad en las hipótesis de penas graves no viene acompañado, por tanto, de cautelas legales que aseguren su correcto ejercicio. Legislando, pues, desde el realismo, el nuevo modelo opta por admitir una salida consensuada en los casos de penas superiores a este tope máximo, sujetando este supuesto cualificado a un control judicial más estricto que obligue a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión». Idénticos términos y, en consecuencia, similar solución es la que aparece en el Anteproyecto de LECrim de 2020³⁰.

El cambio, ya barajado por los Anteproyectos de 2011 y 2013 precedentes, no me parece conveniente atendido el hecho de que la conformidad signi-

²⁷ Objeto de atención, por vez primera en la STS 291/2016, de 7 de abril (ECLI: ES: TS:2016:1505) y a la que siguió inmediatamente la 808/2016, de 27 de octubre (ECLI: ES: TS:2016:4663). En la primera de ellas, en su FJ 6 se decía que «La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales».

²⁸ En este sentido LÓPEZ YAGÜES, V. «Dinamización de la justicia penal.», op. cit., p. 15, quién por otra parte considera lógica la actual omisión legal de la LECrim puesto que, estuviera o no en su mente, el legislador silencia la idea de que a la conformidad venga anudada una rebaja de la pena pedida por el Fiscal, por obvio que ello resulte, ante lo ingenuo de pretender que el acusado acepte la condena sin obtener ventaja alguna distinta a la evitación del juicio».

²⁹ Y que también se recoge en el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

³⁰ Cfr. Apartado XXVI de su Exposición de Motivos.

fica darle la vuelta³¹ a principios inquebrantables de nuestro derecho penal sustantivo (legalidad) y una suerte de renuncia a los que integran la dogmática procesal penal (principio de necesidad, principio acusatorio, derecho de defensa, principio *nemo tenetur*, derecho al juicio oral, derecho a la prueba, presunción de inocencia y derecho al recurso) lo que hace adecuado reservar las soluciones consensuadas a delitos menores.

Y no me parece que la ampliación del ámbito pueda entenderse compensada con las mayores garantías que para su convalidación se introduce, proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pueden ser impuestas por esta reforma, consistentes en que de ser la pena aceptada superior a cinco años el Juez de la Conformidad habrá de verificar también la concurrencia de indicios racionales de criminalidad junto al propio reconocimiento del hecho (art. 172.3 ALECrim).

Comparto la idea expresada por Aguilera Morales³² de que claudicar a la realidad que hoy se cierne sobre las conformidades, procurando a esa realidad cobertura legal, no parece que sea la solución; no, desde luego, desde la perspectiva de los derechos de la víctima ni, tampoco, del encausado. Las aspiraciones han de ser otras: la de encontrar la fórmula en que la regulación de la conformidad vele por los derechos del acusado, procure la reparación de la víctima y responda a los propios fines de la Justicia penal, y en la medida de lo posible sin que nada de esto repercuta en la eficacia aceleradora del proceso característica del expediente.

IV. REFORMA DEL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES

Finalicemos nuestra selección de modificaciones urgentes con la imprescindible reforma del sistema de medidas cautelares.

IV.1 Panorámica de la regulación vigente

La regulación vigente es manifiestamente mejorable por múltiples razones que trataremos de sintetizar a continuación.

³¹ En gráfica expresión de GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del derecho procesal...*, *op. cit.* p. 456.

³² AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en Soletto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 304-305.

a) *Carencia de sistemática*

Seguimos sin disponer, pese a las sucesivas y constantes reformas en la materia, de un auténtico sistema de medidas cautelares penales al modo en que, por ejemplo, aparece hoy recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas de ese carácter (civil), sin que sus presupuestos estén enunciados no ya con carácter general para todas las medidas cautelares penales, sino con la suficiente claridad y mínima precisión que debieran presentar y sin que el cauce procesal para su adopción sea ni siquiera relativamente homogéneo.

La falta de sistemática es manifiesta.

Llama la atención, en primer lugar, la dispersión de las medidas cautelares a lo largo del articulado de la LECrim, con una mixtura en algunos de sus títulos, como el que se dedica a la libertad provisional³³, de la más variada tipología de medidas, sin una mínima separación en diversos capítulos de las que son cautelares personales en sentido estricto de otras en las que tal naturaleza, aunque no ausente, si aparece en un segundo plano (medidas de protección de los arts. 544 bis, 544 ter y 544 quinquies LECrim) o exige un cierto ejercicio de analogía para conferirles tal carácter «personal» (medidas cautelares frente a personas jurídicas del art. 544 ter LECrim³⁴). Además, y refiriéndonos a las últimas mencionadas, adviértase de que las que pueden considerarse como tales –clausura temporal de locales y establecimientos, suspensión de actividades sociales e intervención judicial– ni siquiera están enunciadas dentro del precepto que se les dedica (art. 544 ter LECrim) siendo absolutamente censurable la regulación por remisión que se hace al Código Penal, tan genérica que ni concreta el artículo de la norma sustantiva en que se contienen tales medidas³⁵.

La falta de sistemática se advierte, a continuación, en la carencia manifiesta de los pilares propios de un auténtico sistema, sin que exista una indicación de los presupuestos generales aplicables a todas las medidas cautelares, esto es, del *fumus boni iuris* o apariencia de derecho que, tratándose de medidas frente al investigado, se torna más bien en *fumus commissi delicti*, del pe-

³³ Título VII del Libro II LECrim

³⁴ Que lo serían por incidir en la esfera de libertad de actuación del imputado-persona jurídica (restringiéndola o privándola de ella) y dirigida por tanto al aseguramiento de las responsabilidades criminales que pudieran declararse en la sentencia. En un paralelismo con las medidas cautelares personales aplicables a las personas físicas, podría considerarse que las medidas cautelares previstas para las jurídicas son privativas (la suspensión y clausura totales) o restrictivas (la intervención judicial y la suspensión y la clausura parciales) de la libertad societaria.

³⁵ Art. 33.7 CP donde únicamente se dice que «La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

riculum in mora (o, tratándose del investigado, *periculum libertatis*) y la observancia del principio de proporcionalidad. Tales presupuestos, en su caso, se enuncian para algunas medidas (v.gr. prisión provisional y orden de protección, entre las personales) y se omiten en otras (v.gr. libertad provisional, medidas frente a personas jurídicas).

Se echa en falta, asimismo, una mínima mención a sus características (jurisdiccionalidad, temporalidad, provisionalidad, variabilidad). Y, especialmente, unas normas comunes para su adopción, normas procedimentales por lo demás que únicamente aparecen reguladas con cierto detalle para acordar las más graves –vistilla del 505 LECrim para la prisión o libertad provisional con fianza– o más novedosas –orden de protección del 544 ter LECrim; medidas cautelares «personales» frente a personas jurídicas, art. 544 quáter LECrim–).

Más aún, tratándose de las cautelares reales el desconcierto hoy es absoluto con soluciones diversas en función de que se adopten en el procedimiento ordinario –oficialidad en su adopción cuando se dirigen frente al investigado (art. 589 LECrim) a diferencia de las que lo hacen frente al tercero civilmente responsable, condicionadas a petición de parte (art. 615 LECrim)– o en el abreviado –en el que con independencia del sujeto frente al que se dirijan puede entenderse preceptiva³⁶ la petición de parte atendida la aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las que remite el 764 LECrim–.

b) *Exiguo catálogo de medidas cautelares*

Una de las principales censuras que ha de hacerse al sistema de medidas cautelares existente es el insuficiente catálogo con que se cuenta. Insuficiencia que afecta por igual a las de carácter personal y a las de carácter patrimonial o real.

Comenzando por las primeras, las personales, el vigente texto de enjuiciamiento criminal evidencia en esta materia su absoluta obsolescencia al estar anclado en un sistema claramente superado que sitúa la prisión provisional en

³⁶ Algo que tampoco es unánimemente admitido. Así la Circular 1/2003, de 7 de abril de la Fiscalía General del estado indica sobre este punto que: «Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura -aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal- se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compañía aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio.

Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del art. 726 LEC.»

elemento central y preponderante con relación al cual se regulan otras medidas en simple condición de «alternativas» (*vid.* gráficamente el art. 529 LECrim), sin que la proclamada excepcionalidad de aquélla y la actualización o incorporación de algunas otras, fruto de las últimas reformas, haya podido eliminar esta deficiente sistemática.

A ello se suma la insuficiente variedad de medidas legalmente disponibles, cuya ampliación deviene indispensable para poder afirmar el carácter de *última ratio* de la prisión. Y es que como única medida «alternativa» con carácter general a la prisión aparece la libertad provisional, regulada de manera imperfecta y oscura (a consecuencia de sucesivas reformas que se han ido superponiendo por «aluvión») en los arts. 528 y siguientes. No es necesario recordar que tales disposiciones no determinan con suficiente claridad los casos en que ha de recurrirse a esta medida, y lejos de dotarle de la entidad debida y de un claro carácter preferente a la prisión, en cuanto menos gravosa, la regulan con un carácter subsidiario y supeditado («cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado...» puede leerse en el art. 529 LECrim).

Tampoco el catálogo de medidas en garantía de la libertad provisional es suficiente.

Medidas como la prohibición de abandonar el territorio nacional y la retención del pasaporte que afectan al derecho a la libertad personal protegido en el art. 17.1 CE y no simplemente a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE (según dejó meridianamente claro el Tribunal Constitucional en su STC 169/2001) cuentan con una regulación poco precisa y extraordinariamente parca.

Algo parecido sucede con la caución que en nuestro sistema sólo aparece expresamente prevista como garantía de la libertad personal bajo la modalidad de «fianza carcelaria» (art. 529), respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha afirmado que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan su imposición cuando sustituye la prisión provisional o permite eludirarla, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento.

La incorporación en los últimos años de las órdenes de alejamiento y prohibiciones de residencia contenidas en el art. 544 bis LECrim, así como las medidas cautelares que pueden acordarse en virtud de las órdenes de protección de los arts. 544 ter y 544 quinquies LECrim ha mejorado algo el panorama descrito, aunque no debe olvidarse que cada una de ellas tiene un ámbito objetivo específico de actuación que no permite su empleo para cualquier tipo de infracción penal.

Y es que a fecha de hoy siguen sin regularse otras medidas tan relevantes como el empleo de medios electrónicos de localización; el internamiento cautelar en centros psiquiátricos de personas aquejadas por una enfermedad mental; vigilancia bajo custodia de otra persona/institución o las obligaciones de permanencia en lugares determinados y prohibiciones de aproximación/comunicación no limitadas a los delitos del art. 57 CP.

Algo similar sucede con las patrimoniales, no siendo muy adecuado para cumplir con las exigencias de previsibilidad/legalidad que demanda toda medida restrictiva de derechos, carecer de una mínima enumeración y/o sistematización de las disponibles e integrar el limitado catálogo de las que expresamente se regulan (fianza, embargo, pensión provisional, intervención de vehículo de motor) o, al menos, se enuncian (decomiso cautelar³⁷) con otras ubicadas fuera de la LECrim a base de remisiones desde ella –art. 764 LECrim– a la Ley de Enjuiciamiento Civil y desde ésta a otras normas.

En efecto, en aras a la claridad, certeza y previsibilidad que exige cualquier restricción de medidas restrictivas de derechos, no parece de recibo que en materia de medidas cautelares reales, contemos con una regulación nada clara –según hemos adelantado más atrás– y cuya insuficiencia se palía en cierta manera a través de la remisión del art. 764.2 LECrim a los presupuestos, contenido y caución sustitutoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero desde ahí, y por la cláusula abierta del art. 727.11.^a LEC (podrán acordarse aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio») cabe que entren otras de enorme importancia por ejemplo en causas por delitos sobre propiedad intelectual mencionadas (que no reguladas procedimentalmente) en la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 141 y 143) y en el CP (apartados 1-3 del art. 270 CP «Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual», el Juez pudiera acordar «cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual», lo que constituye una habilitación de amplio espectro que permite dar entrada en el proceso penal a medidas cautelares previstas en la normativa extrapenal).

³⁷ Es sumamente censurable que las referencias al decomiso cautelar se limiten a una alusión indirecta en un par de preceptos aislados (art. 367 quáter y 367 sexies LECrim), cuando se trata de un supuesto que debería ser objeto de explícita y concreta regulación.

c) *Falta de atención y/o incompleta transposición de normas UE*

Y finalicemos el elenco de deficiencias en materia cautelar advirtiendo la escasa atención prestada por nuestro legislador a algunos instrumentos de reconocimiento mutuo en materia penal propiciados por la acción de la Unión Europea que, como mínimo, exigían una ampliación del catálogo de medidas y un cambio de perspectiva en la que realmente la prisión provisional fuera con claridad la última *ratio*.

Me refiero a la Decisión marco 2009/829/JAI que regula la conocida como Orden Europea de Vigilancia (o de supervisión), instrumento de reconocimiento mutuo a disposición de los órganos con competencia en materia penal que permite la transferencia de medidas cautelares personales no privativas de libertad adoptadas en un Estado miembro a los fines del proceso penal a otro Estado miembro (el de residencia del investigado al que éste se desplaza) que asume su control. Decisión marco que contiene un amplio elenco de medidas sustitutivas de la prisión provisional y susceptibles de transferencia, que España se ha comprometido tanto a emitir como, en su caso, a reconocer y ejecutar según dispone el art. 110 de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea³⁸.

Aunque España transpuso el instrumento en 2014 incorporándolo en el título V de la Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea como «medidas sustitutivas de la prisión provisional»³⁹, su aplicación en la práctica ha sido anecdótica. Basta revisar los datos de los últimos tres años para comprobarlo⁴⁰.

³⁸ En dicho precepto se recogen como medidas susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes: a) La obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) La obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado; d) La obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución; e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) La prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos; g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido; h) La obligación de no conducir vehículos de motor; i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único; j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones; k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

³⁹ Transposición tardía, común por lo demás a la generalidad de Estados miembros según se desprende del Informe de la Comisión de febrero de 2014 evaluando la implementación de la Decisión Marco en los Estados Miembros que indicaba un generalizado nivel de incumplimiento.

⁴⁰ Según la estadística que publica el Consejo General del Poder Judicial en *La Justicia Dato a Dato*, en 2019 se emitieron por órganos judiciales españoles 7 órdenes europeas de vigilancia y se recibieron 2;

Algo similar ha ocurrido con otro instrumento de reconocimiento mutuo de carácter cautelar como la Orden Europea de Protección (creada por la Directiva 2011/29/UE e incorporada al título VI de la Ley de Reconocimiento Mutuo)⁴¹.

Estas consideraciones nos suscitan incluso la duda de si realmente ha sido una buena idea que todos los instrumentos de reconocimiento mutuo necesitados de transposición (Decisiones marco y Directivas) aparezcan regulados en una norma específica –la ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea– al margen de la LECrim.

Cierto que las virtudes de esta opción de técnica legislativa –texto compilado general donde se van incorporando los diversos instrumentos que se van aprobando– son evidentes y probablemente haya sido la solución más acertada. Pero tiene el inconveniente de que aleja a buena parte de sus potenciales aplicadores (entre ellos, muchos Jueces y magistrados y muchos abogados) que lo siguen percibiendo como un derecho de especialistas alejado de la práctica cotidiana. De ahí su aplicación residual o anecdótica y la conveniencia de que en la legislación procesal se haga una mínima referencia a la posibilidad de adoptar estos instrumentos de transferencia de medidas cautelares y de medidas de protección en tales supuestos transfronterizos.

IV.2 Hacia una nueva regulación

Los dos Anteproyectos LECrim de 2011 y 2013 ya tomaban cartas en el asunto dedicando cada uno de ellos un Libro (el II y el III, respectivamente) a las medidas cautelares.

Y así lo hace, también, el Anteproyecto de 2020 que regula esta materia en su Libro II y le dedica seis apartados de su Exposición de motivos. Una rápida lectura de las disposiciones indicadas en relación con las carencias anteriormente señaladas de que adolece nuestra legislación actual, permite aplaudir la reforma, por más que permanezcan algunos aspectos imperfectamente resueltos.

Cuestiones como la correcta sistematización de las medidas cautelares, confiriéndoles el tratamiento debido son abordadas positivamente mediante la

en 2018 sólo se emitió una y ninguna se recibió; en 2017 fueron 2 las emitidas y 3 las recibidas; en 2016 fueron 3 las emitidas, aunque no se recibió ninguna. No hay datos de 2020 pero la incidencia del COVID-19 hace previsible que el instrumento no se haya podido aplicar.

⁴¹ Aquí los datos son algo superiores en cuanto a su emisión por órganos judiciales españoles (20 emitidas en 2019, 12 en 2018, 13 en 2017, 12 en 2016).

dedicación de un libro completo a su regulación. Ciertamente es que fuera de este libro (el II) se recogen algunas disposiciones sobre medidas cautelares que también integran la materia. Nos referimos, principalmente, a las reglas especiales aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad (arts. 73-78 ALECRim) incluidas sistemáticamente dentro del capítulo dedicado al estatuto de la persona encausada con discapacidad⁴² lo cual, aunque discutible u opinable, parece también justificado.

Enlazando con la consideración anterior, hay que felicitarse porque el ALECRim aborde por fin la posibilidad de imponer con carácter cautelar, en sustitución de la prisión provisional, alguna de las medidas de corrección y de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal y ahora, también, en la futura LECrim (internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial) cuando ello resulte necesario y adecuado a la situación del imputado, dada la posible existencia de una causa de inimputabilidad (c.fr. arts. 75 y 77 ALECRim). Pese a que han transcurrido ya más de cinco años desde la STC 217/2015, de 22 de octubre⁴³ y aún tras el dictado de la posterior STC 84/2018, de 17 de agosto⁴⁴, el vacío legal en este punto continúa y resulta insostenible⁴⁵. De ahí el acierto en avanzar una solución y, más aún, en configurar un «status» procesal específico para la persona encausada con discapacidad.

Acertada es también la significativa ampliación del catálogo de medidas cautelares personales (cfr. especialmente art. 217 ALECRim) entre las que la

⁴² Capítulo II del Título II del Libro I ALECRim.

⁴³ Imposibilidad de aplicar la prórroga de la prisión provisional del art. 504.2 *in fine* LECrim en caso de recurso respecto de quien fue declarado exento de responsabilidad y se le impuso una medida de seguridad. La prórroga de la prisión provisional cabe para los «condenados» a los que se le impone una pena, pero no para quien ha sido absuelto, aunque se le haya impuesto una medida de seguridad.

⁴⁴ Que absolvió del delito de homicidio agravado en grado de tentativa y apreció la eximente completa de trastorno mental del artículo 20.1 del Código penal y, en su consecuencia, le impuso el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico (*ex art.* 101 CP) por tiempo máximo de doce años. Al interponerse por la defensa recurso de casación contra dicha Sentencia, se solicitó su puesta en libertad mientras se tramitaba el recurso, denegando lo pedido la Sección juzgadora por Auto de 20 de junio de 2017, que ordenó en cambio que el acusado permaneciera recluido en la «Unidad Psiquiátrica correspondiente al Centro Penitenciario» de Córdoba donde ya se hallaba privado de libertad en régimen de prisión provisional durante el proceso. *Vid.* sobre esta sentencia, SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito: Comentario a la STC 217/2015, de 22 de octubre de 2015», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 42 (abril-junio 2016), pp. 213-230.

⁴⁵ La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019 daba cuenta de la necesidad urgente de esta reforma. También la doctrina venía reclamando largamente la modificación indicada; *vid.*, por todos, SANZ MORÁN, A. J., «El enfermo mental ante el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56 (octubre-diciembre 2019) y, del mismo autor, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en Gómez-Jara Díez, C. (coordinador), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 601-623.

prisión provisional realmente se configura como *última ratio* frente al régimen natural de libertad provisional, y habida cuenta, además, de que las privaciones de libertad tras la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno 87/2019 declarando la inconstitucionalidad del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial abren la puerta a una indemnización en la mayor parte de los casos que terminen con sentencia absolutoria⁴⁶ regulándose en el propio texto procesal penal el procedimiento especial para hacerla efectiva⁴⁷.

En íntima relación con el apartado anterior, la acertada ampliación del catálogo de medidas cautelares no privativas de libertad se halla en armonía con las recomendaciones del Consejo de Europa y con las exigencias de los instrumentos de reconocimiento mutuo aprobados por la Unión Europea. Concretamente y en relación con la posibilidad de recurrir a la orden de supervisión o vigilancia, contar con un amplio catálogo de «medidas sustitutivas de la prisión provisional» (según las denomina nuestra Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo) facilita la aplicación del instrumento y posibilita que residentes de otros Estados miembros inmersos en un proceso penal en España puedan retornar a su lugar de residencia en espera de juicio (Decisión marco 2009/829/JAI).

Asimismo, se revela como muy correcta la mención en el texto del nuevo articulado de LECrim de dichas posibilidades de transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad (art. 236 ALECrIm) lo que sin duda contribuirá a una potenciación del empleo de la orden europea de vigilancia, en la medida en que supondrá una generalización de su conocimiento entre los operadores jurídicos que más pueden contribuir a propiciar su empleo: los Abogados, que tienen en sus manos, mediante la petición en favor de su representado, poner en marcha el procedimiento. Algo similar ocurre con la Orden europea de protección y, por lo mismo, el acierto de su mención expresa en el articulado (art. 245 ALECrIm).

Volviendo la vista a las medidas cautelares reales, es positivo que se clarifique el régimen a seguir para su adopción, sometido siempre a petición de parte, con independencia del sujeto frente al que se dirijan. Como también lo es el que se haga mención expresa del catálogo de medidas cautelares disponibles (art. 288 ALECrIm) y se fijen unas normas comunes de procedimiento (art. 280 ALECrIm).

⁴⁶ Véase, al respecto, DE HOYOS SANCHO, M., «La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, 2020-1, pp. 126-173 y, de la misma autora, *Efectos «ad extra» del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 21 a 110.

⁴⁷ *Vid.* Título VII del Libro VIII dedicado a los procedimientos especiales.

A ello se suma la regulación expresa y bastante detallada del decomiso cautelar, saliendo al paso de la criticable regulación vigente en que a una materia tan relevante apenas se efectúa una alusión indirecta en un par de preceptos aislados (art. 367 quáter y 367 sexies LECrim). Pese a su carácter jurisdiccional, en los supuestos de urgencia, se habilita al Fiscal para acordar la intervención de bienes y efectos a los fines de asegurar la efectividad del decomiso, así como el bloqueo de cuentas bancarias, sin perjuicio de la necesaria ratificación posterior por la autoridad judicial.

Adviértase, por último, que se hace mención expresa de las medidas cautelares susceptibles de adopción frente a las personas jurídicas que el prelegislador opta por recoger en un título específico (Título V) distinto de los dedicados a las personales (Título II) y reales (Título III) a modo de *tertium genus*. Opta por seguir el procedimiento cautelar real del art. 280 para adoptar las que a fecha de hoy son consideradas en la vigente LECrim cautelares «personales» (suspensión de actividades, intervención judicial, clausura de locales a las que suma la suspensión del derecho a obtener subvenciones). Al margen de la objeción derivada de su errónea ubicación sistemática atendida su naturaleza «personal» en cuanto interdictivas o limitativas de la libertad «societaria», resulta criticable la limitación que se introduce para su adopción puesto que sólo podrán acordarse a instancia del Ministerio Fiscal (*c.fr.* 305.1 ALECRim), sin que tenga explicación alguna la exclusión de la acusación particular en esta materia.

Enlazando ya desde aquí con los déficits advertidos en la legislación proyectada, las principales dudas de tipo general que una rápida lectura del Anteproyecto nos suscita son, en cuanto a las medidas cautelares personales, la falta de una formulación de los presupuestos generales para su adopción, estando indicados con mayor o menos concreción en cada una de las medidas específicas. Al igual que se han recogido expresamente y de manera general las características que acompañan a estas medidas, hubiera sido conveniente que en ese mismo Título I dedicado a las Disposiciones generales se hubiera recogido una formulación general de los presupuestos del *fumus commissi delicti*, *periculum in mora* y proporcionalidad, sin perjuicio de su posterior concreción en cada medida particular. En realidad, tales presupuestos generales aparecen recogidos en el art. 216 ALECRim (norma ubicada dentro del capítulo dedicado a la libertad provisional) y debieran haberse llevado, como indicamos, a las Disposiciones generales

Se ha renunciado también lamentablemente a unas normas comunes de procedimiento, sin que parezca justificado que se diversifique el que se sigue para la adopción de la orden de protección (art. 241 ALECRim), del común

para la adopción y prórroga de las medidas contenido en los arts. 258 y siguientes ALECrím.

En lo que se refiere a las medidas cautelares reales, también se advierte alguna falta de sistemática que convendría subsanar.

Baste reparar en que en lo relativo a sus presupuestos, el art. 280 LECrím que regula el procedimiento para su adopción hace referencia a la necesidad de expresar su concurrencia, sin que ninguno de los artículos precedentes se ocupe de precisarlos o lleve este título (Presupuestos) por rúbrica. El *fumus boni iuris* y *el periculum in mora*, de imprescindible concurrencia para la adopción de la medida exigen una clara formulación al modo en que se recoge en el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que resulte admisible entender que están colmados por la remisión que se efectúa desde el art. 277.3 ALECrím a la legislación civil ni, tampoco, que aparezcan incorporados en preceptos con rúbrica distinta (v. gr. el *fumus boni iuris* contenido en el apartado 1 del art. 277 precepto que lleva por rúbrica «Legalidad»).

Hay que lamentar en la regulación de las cautelares reales una cierta desatención que convendría subsanar⁴⁸. Desatención ya anticipada en cierto modo por la propia Exposición de Motivos que, a diferencia de las medidas cautelares personales a cuya presentación dedica seis extensos apartados, «despacha» a las reales con unas sucintas líneas en el apartado XXXIV en las que poco más se indica que la estructura que se ha seguido en su regulación.

⁴⁸ Hay otros ejemplos, también la falta de mención en el elenco de medidas cautelares que se cita, de la pensión provisional recogida en el art. 136 (ubicado en el Libro I).

APROXIMACIÓN A LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN*. ALGUNAS NOTAS DE SU APLICACIÓN COMO INSTRUMENTO FRENTE A LA CORRUPCIÓN

JORDI GIMENO BEVIÁ
Prof. Dr. Derecho Procesal UNED

I. INTRODUCCIÓN A LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN*

El Derecho y la tecnología, dos conceptos tradicionalmente alejados, no solo se encuentran cada vez más relacionados en la práctica forense, sino que el futuro de la ciencia jurídica no se vislumbra sin un componente tecnológico. Así pues, el conocido como fenómeno del «*Legaltech*» o aplicación de las tecnologías al Derecho¹, no cabe ser entendido como una –otra– moda pasajera anglosajona, sino que ha venido para quedarse. Porque la utilización práctica de las tecnologías en el Derecho o, mejor dicho, en el quehacer jurídico de abogados, poder judicial, notarios, y otros operadores jurídicos, supondrá innumerables ventajas, tales como ahorro de costes, eficiencia, celeridad,...

Y es que existe un amplio consenso, principalmente en los grandes despachos de abogados y departamentos de asesoría jurídica en que el *Legaltech* impactará profundamente en las futuras operaciones de todo el sector legal. No es de extrañar, en consecuencia, que surjan cada vez más *start ups* enfocadas a ofrecer este soporte tecnológico a despachos y empresas con un funcionamien-

¹ Dentro de un mismo ecosistema, *Legaltech* se une a otros fenómenos a los que se les «suma» el sufijo «*tech*» como *Fintech*, o aplicación de la tecnología al sector financiero o *Regtech*, para sectores regulados...

to y/o desarrollo de negocio menos digital y más tradicional. Se trata, por tanto, de una realidad que no puede ser ignorada por los operadores jurídicos pues, de lo contrario, corren el riesgo de verse relegados a un segundo plano en un futuro cada vez más cercano.

Dentro de esta nueva realidad *Legaltech*, la tecnología Blockchain es una pieza fundamental pues supondrá –de hecho, ya lo está consiguiendo– una revolución en cuanto al intercambio de bienes y servicios sin parangón hasta la fecha.

Ello no obstante, para poder aproximarnos a su alcance, es imprescindible realizar un breve recorrido sobre su origen y características, sin perjuicio de un futuro desarrollo que la siga paulatinamente perfilando. Así las cosas, como veremos a continuación, también puede resultar útil como instrumento para hacer frente a problemas actuales relacionados con prácticas corruptas sin perjuicio de que, en el otro lado de la medalla, del mismo modo pueda, en algunos supuestos, facilitar la comisión de ciertos delitos. Posteriormente, enumeraremos algunos de los retos que esta tecnología presenta desde una perspectiva procesal.

I.1 Primera generación: conociendo *blockchain* a través de *bitcoin*

Aunque, en una primera aproximación, se tiende a confundir *Blockchain* con la criptomoneda *Bitcoin*, se trata de realidades diferenciadas aunque estrechamente relacionadas, en tanto podría decirse que la primera sirve para la ejecución de la segunda². Por ello, en primer lugar explicaremos en qué consiste esta tecnología, su desarrollo a través de las criptomonedas y su avance paulatino hacia otro tipo de funcionalidades como los *Smart Contracts*.

A) *El funcionamiento de la tecnología Blockchain*

Sin ánimo de ahondar en profundidad en los orígenes del sistema *Blockchain*, se alude a Stornetta y Haber como sus autores intelectuales en el año 1991, a través de la introducción de las cadenas de bloques protegidos cripto-

² Una frase muy ilustrativa sobre su diferenciación nos la da Sally Davies, periodista especializado en tecnología del Financial Times: «*Blockchain es para Bitcoin lo mismo que el internet es para el email. Un gran sistema digital sobre el cual puedes construir aplicaciones. La moneda es solo una de ellas*». Disponible en el siguiente enlace <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/16/a-very-brief-history-of-Blockchain-technology-everyone-should-read/#520836f57bc4>.

gráficamente para el almacenamiento de documentos marcados o sellados temporalmente (*time-stamp*)³. No obstante lo anterior, las bases teóricas de la tecnología *Blockchain* fueron expuestas en noviembre de 2008 por Satoshi Nakamoto en su artículo «*Bitcoin* a peer-to-peer electronic cash system»⁴ y ejecutadas con el minado del primer bloque –lo que se conoce como «Bloque génesis»– por el propio Nakamoto el 3 de enero de 2009 y con el primer pago de 10 *Bitcoins* de éste a Hal Finney el 12 de enero de ese mismo año. Por consiguiente, no tanto el origen sino el primer éxito de la tecnología *Blockchain* fue en ejecución de una transacción de *Bitcoin*.

La tecnología *Blockchain* o «cadena de bloques» podría ser definida como un libro mayor digital, distribuido e inmutable, asegurado a través de criptografía avanzada, replicado entre los nodos (usuarios) de un red P2P (red entre pares o iguales), que utiliza un mecanismo de consenso para acordar la transacción, en tanto el control de la operación está descentralizado⁵.

En dicha red, la tecnología *Blockchain* promueve la transparencia y las garantías en tanto es necesario el consenso entre los nodos para la validez de cada transacción. Habida cuenta el registro o libro mayor de *Blockchain* está descentralizado, el consenso entre los nodos, por consiguiente, es la clave del proceso⁶. De un lado, validan y autentican el siguiente bloque y, de otro, previenen o protegen la cadena de usuarios/adversarios que quieran falsearla o, en una analogía con los sistemas ferroviarios, pretendan hacerla descarrilar⁷. Por ello, a diferencia de otros sistemas gobernados por una autoridad central, son los propios usuarios de la red los que comprueban la viabilidad de realizar la operación, la validan y la ejecutan quedando reflejada en el siguiente bloque, realizando lo que en la práctica se denomina la «prueba de trabajo» (*Proof of Work, PoW*)⁸.

³ HABER, S. y SCOTT STORNETTA, W. «How to Time-Stamp a Digital Document», 1991. De hecho patentaron la tecnología de la cadena de bloques pero dado que no fue utilizada la patente caducó en el año 2004. De todos modos, sirvió para sentar las bases de la actual *Blockchain*.

⁴ Disponible en español siguiendo este enlace https://Bitcoin.org/files/Bitcoin-paper/Bitcoin_es_latam.pdf.

⁵ GAMAGE, H. T. M, WEERASINGHE, H. D y DIAS, N. G. J «A Survey on *Blockchain* Technology Concepts, Applications, and Issues» *Springer Nature Computer Science*, marzo 2020, p. 3

⁶ RISIUS, M. y SPOHRER, K. «A *Blockchain* Research Framework» *Business & Information Systems Engineering*, Springer, diciembre 2017, p. 386.

⁷ Y ello porque sólo puede existir una cadena de bloques. Hacer trampa no es sencillo pues requiere contar con una potencia de cálculo superior a la mitad de nodos.

⁸ El protocolo PoW consiste en la realización de una operación o solución de problema matemático que requiere una cierta potencia de computación. Al desarrollo de la operación se le denomina «minería» y la realizan nodos especiales conocidos como «mineros». En *Bitcoin* se estima que el minado dura unos 10 minutos aproximadamente.

Cada bloque contiene su propio número identificador, denominado *hash*, así como el *hash* del bloque anterior por lo que cada nuevo bloque queda conectado tanto con su predecesor como con su sucesor (*input-output*) y así se van enlazando o encadenando bloques. A estos efectos, la modificación de un bloque deviene realmente difícil pues tendría que alterar todos los bloques que le suceden y los nodos advertirían que el cambio o la modificación que se pretende realizar no es válido⁹. La descentralización en nodos supone, por tanto, un modo de almacenamiento de la información en redundancia o replicación entre todos los usuarios que imposibilita el fraude pues todo queda registrado de un modo inmutable, con la ventaja, además, de que no sea necesaria la intervención de ninguna organización o autoridad central.

La tecnología *Blockchain* implica por tanto el fin de los intermediarios a la hora de realizar determinadas operaciones y refuerza la transparencia dado que éstas se realizan ante los usuarios de la red. Se trata, a todas luces, de una tecnología totalmente revolucionaria que, si bien en esta primera década ya ha dado muestras de que es una realidad –p. ej. a través de las criptomonedas o incluso la comprobación de identidades digitales– tiene un potencial enorme. No es de extrañar, en consecuencia, que desde su creación hasta el año 2020 se hayan invertido más de 20 billones de dólares en *Blockchain*¹⁰.

B) *Su primera aplicación exitosa: la criptomoneda Bitcoin*

El origen más remoto del dinero digital se remonta a principios de los años ochenta cuando David Chaum creó un sistema criptográfico para la realización de pagos digitales. Pero el concepto actual de las criptomonedas no puede entenderse sin los trabajos antecedentes tanto de Haber y Stornetta, como de Szabo con el *Bitgold*. Ellos sentaron las bases en las que se asienta la criptomoneda *Bitcoin*, tal y como se ha comentado, lanzada por el enigmático Satoshi Nakamoto en el año 2009 y que en la actualidad sigue siendo la principal moneda en los rankings de inversión.

Tal y como señala la propia Bitcoin.org, «*Bitcoin usa tecnología peer-to-peer o entre pares para operar sin una autoridad central o bancos; la gestión de las transacciones y la emisión de Bitcoins es llevada a cabo de forma co-*

⁹ En un símil con el tetris, una vez van cayendo los bloques unos sobre otros, más difícil resulta modificar los bloques de abajo. Por ello, cuando una operación es anotada en un determinado bloque, para modificar la operación habría que modificar los bloques que han sucedido al bloque que se pretende modificar.

¹⁰ Concretamente, desde el 2013 hasta el 2019, más de 23 billones de dólares. <https://outlierventures.io/research/investments-in-Blockchains-2019-23-7-billion-raised-by-3738-Blockchain-companies-since-2013/>.

*lectiva por la red. Bitcoin es de código abierto; su diseño es público, nadie es dueño o controla Bitcoin y todo el mundo puede participar. Por medio de sus muchas propiedades únicas, Bitcoin permite usos interesantes no contemplados por ningún sistema de pagos anterior.»*¹¹

Por ello, *Bitcoin* se ha erigido en una contrapropuesta innovadora que se presenta como un sistema monetario y de pago alternativo. Proporciona una plataforma que permite a sus usuarios producir lo que sus defensores/seguidores llaman dinero y transmitir pagos anónimamente entre sí sin utilizar intermediarios previamente establecidos¹². Así, a través de *Bitcoin*, aunque sea una moneda virtual, ya se pueden adquirir multitud de bienes y servicios, siendo la primera transacción física la compra de 2 pizzas en el año 2010¹³.

El funcionamiento de *Bitcoin* es relativamente sencillo. El usuario instala un monedero de *Bitcoin* (*Bitcoin Wallet*) y cuenta con una clave pública y otra privada. De dichas claves se deriva, asimismo, dos direcciones, también pública y privada. La pública equivaldría a la cuenta, que se comparte con el resto de usuarios de la red, mientras que la privada es la que otorga al usuario el acceso al manejo de sus *Bitcoins* y a la realización de las transacciones. Siguiendo un símil bancario, la clave pública podría corresponderse con el IBAN mientras que la privada con el código PIN o con la firma.

La moneda virtual, representada comúnmente como BTC no es ilimitada. Habida cuenta, el valor suele estar relacionado con que éste sea finito o limitado (un claro ejemplo es el oro), Satoshi Nakamoto estableció un límite de 21 millones. Actualmente se han minado más de 16 millones pero ello no implica, necesariamente, el fin de la moneda virtual a corto-medio plazo, sino que el ritmo de generación irá ralentizándose hasta que se mine el último *Bitcoin* que, según los pronósticos realizados por los expertos, será en el año 2140¹⁴.

Si bien en su inicio no tenía ningún valor –no fue hasta febrero de 2011 cuando 1BTC equivalía a un dólar– actualmente 1BTC equivale a casi 60.000 dólares. Entre las distintas funcionalidades del *Bitcoin* destaca su utilización como modalidad de pago –como alternativa a sistemas de PayPal o incluso a las tarjetas de crédito– para la adquisición de bienes y servicios –p. ej. pagos

¹¹ Vid. <https://Bitcoin.org/es/>.

¹² WEBER, B. «*Bitcoin* and the legitimacy crisis of money» *Cambridge Journal of Economics* 2016, 40, p. 18.

¹³ Concretamente fue el programador Layo Hanyecz quién ofreció 10.000 BTC al que le comprase y llevase 2 pizzas a su casa. <https://medium.com/alteum-esp%C3%B1ol/bitcoin-pizza-day-la-historia-det%C3%A1s-de-la-primer-transacci%C3%B3n-de-bitcoin-fc0f4b11e680>.

¹⁴ Así las cosas, la oferta de *Bitcoin* se va paulatinamente reduciendo y, en consecuencia, aumentando su valor. <https://es.cointelegraph.com/news/experts-indicate-that-the-last-bitcoin-will-be-mined-in-the-year-2140>.

en restaurantes–, realizar apuestas o comprar ítems en videojuegos on-line, también puede ser utilizado como producto de ahorro e incluso se ha convertido en un destacado producto de inversión. Más allá, por tanto, de que puedan adquirirse determinados bienes «físicos», es decir, tangibles, lo cierto es que su uso predomina en una esfera virtual o digital.

Y ello porque el *Bitcoin* es habitual que se utilice no solo para la compra/venta de otras criptomonedas sino también de dinero *fiat* como dólares, euros, libras, etc.

Aunque no todos los países reconozcan el *Bitcoin* como medio de pago válido¹⁵ –entre ellos, España– paradójicamente ello no exime del pago de impuestos. No está contemplado, por consiguiente, como «dinero» sino como un «bien» por lo que los negocios en *Bitcoin* no se consideran en España transacciones dinerarias sino de bienes. Así, en función de que uno obtenga ganancias por su inversión (compra/venta), los mantenga en el *wallet* o monedero –superando un determinado límite–, se dedique al minado, etc. deberá tributar por ello¹⁶.

Sea como fuere, como se ha expuesto, el *Bitcoin*, a pesar de su éxito, queda limitado a una función fija de carácter económico/transaccional, como cualquier moneda, con la finalidad de actuar como medio de pago. Por ello, la siguiente generación de *Blockchain*, como seguidamente veremos, no se limita únicamente a esta finalidad sino que, progresivamente, permite que surjan nuevas funcionalidades.

I.2 Segunda generación: la importancia de *Etherum*

Dado que *Bitcoin* quedaba circunscrito a un medio de pago –para algunos de forma deliberada– el programador Vitalik Buterin, a la postre uno de los más destacados expertos dentro de la comunidad *Bitcoin*, planteó que la tecnología *Blockchain* debía ir un paso más allá para ampliar sus funcionalidades a través de la creación de aplicaciones descentralizadas, no limitándose únicamente a la criptomoneda.

¹⁵ Siguiendo el enlace pueden verse países que aceptan y son proclives a la utilización de *Bitcoin* (*Bitcoin friendly countries*) <https://99Bitcoins.com/Bitcoin-friendly-countries/>.

¹⁶ Véase, entre otros PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B. «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*Bitcoins*) en las empresas.», *Revista Quincena Fiscal Aranzadi* n.º 3, 2018; SEDEÑO LÓPEZ, J. F. «El *Bitcoin* desde una perspectiva tributaria», *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 22, 2019. Un análisis sobre consultas realizadas en la Dirección General de Tributos así como en la Hacienda Foral Vasca pueden verse en ZAPIRAIN, I. «Implicaciones fiscales de las critpomonedas» en *Forum Fiscal* n.º 255, julio 2019.

Así pues, en el año 2013 plasmó su idea en el artículo –en realidad, en una entrada de blog– «Ethereum: The Ultimate Smart Contract and Decentralized Application Platform»¹⁷ y el 30 de julio de 2015 *Ethereum*, otra de las principales redes públicas de *Blockchain* a nivel mundial, se convirtió en una realidad.

En cuanto a la definición o concepto de *Ethereum*, podría ser entendida como una plataforma abierta de *Blockchain* que permite a cualquiera crear y usar aplicaciones descentralizadas que se ejecutan en esa misma tecnología. Al igual que *Bitcoin*, nadie controla ni posee *Ethereum*: es un proyecto de código abierto sustentado por muchas personas en todo el mundo pero a diferencia del protocolo de *Bitcoin*, *Ethereum* fue diseñado para ser adaptable y flexible¹⁸.

Así pues, entre las principales funciones que revelan la importancia o trascendencia de *Ethereum* encontramos, sin ánimo de exhaustividad, las que a continuación se relacionan.

a) La posibilidad de aceptar y recibir pagos de forma rápida y segura. Del mismo modo que su precedente *Bitcoin*, la red *Ethereum* cuenta con su propia criptomoneda, denominada Ether (sus siglas son ETH). Además de su función de criptomoneda, también es muy importante destacar que el Ether es el incentivo que reciben los desarrolladores de las aplicaciones y de la red *Ethereum*, por tanto, cumple una doble función. Asimismo, si bien *Bitcoin* contaba con una limitación de 21 millones totales, Ether limita su emisión a 18 millones anuales. Sin embargo, dado que la red es relativamente nueva y se encuentra en permanente desarrollo, se estima que dicha cifra se reduzca en un futuro próximo.

b) El despegue de las *Initial Coin Offerings* (ICOs). Las ICOs son un novedoso instrumento para atraer financiación generalmente utilizados por emprendedores y empresas *start up*. Sin duda, se erigen en una alternativa a las tradicionales Ofertas Públicas de Venta (OPV) (IPO, en inglés) pero sobre las que todavía existe un relativo desconocimiento¹⁹. Las ICOs superan el actual modelo de *crowdfunding* y simplifican la participación de usuarios vía criptomoneda en una idea o proyecto de un modo totalmente desburocratizado y descentralizado, a través de la tecnología *Blockchain*. De este modo,

¹⁷ Disponible, entre muchos otros, en el siguiente enlace https://Blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf.

¹⁸ TING KUO, T., ZAVALETA ROJAS, H., OHNO-MACHADO, L. «Comparison of *Blockchain* platforms: a systematic review and healthcare examples» *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2019, Vol. 26, No. 5, p. 468

¹⁹ HÄRDLE, W. K., HARVEY, C. R. y REULE, R. C. G. «Editorial: Understanding Cryptocurrencies*», *Journal of Financial Econometrics*, ed. Oxford, 2020, 1-28, p. 20.

se *tokeniza* la participación en los proyectos a través de criptomoneda (se puede *tokenizar* tanto capital como deuda) que no tiene porque ser *Ether* o *Bitcoin*, en tanto es habitual que los proyectos cuenten con su propia criptomoneda, a modo de participación/es. Sin ir más lejos, la propia red *Ethereum* se financió vía ICO pues desde la publicación de la idea de Vitalik Buterin hasta el lanzamiento de la plataforma transcurrió un año en el que se dedicaron a minar (o mejor dicho, pre-minar) moneda y adquirieron más de 18 millones de dólares²⁰.

c) El desarrollo de los *Smart Contracts*. Los *Smart Contracts* consisten en códigos, a través de la tecnología *Blockchain*, que permiten la ejecución automática de condiciones si se cumplen previamente una serie de requisitos o circunstancias predeterminados por las partes. Siguiendo la lógica del «*if... then*», en un ejemplo realmente básico, si A realiza el pago a B, automáticamente se desbloquea el envío de la cosa de B a A. Por tanto, supone la auto-ejecución de condiciones preestablecidas en código sin la necesidad de intervención humana.

d) La creación de las denominadas «aplicaciones descentralizadas» (*Decentralized applications, Dapps*.) Por todos son conocidas las aplicaciones actuales sobre redes sociales, plataformas musicales,... entre ellas, existe un común denominador y es una relación plataforma/empresa-usuario/cliente en la que la plataforma impone sus reglas de uso. Por ejemplo, si una red social o plataforma musical de pronto exige que paguemos una determinada cuota para utilizar el servicio, deberemos hacerlo porque si no, no podremos utilizarla. Existe, por consiguiente, no sólo una vinculación con las decisiones de dicha plataforma, sino también con el propio destino de la compañía pues, si ésta desaparece, previsiblemente la información almacenada en sus servidores centrales también lo hará. Sin embargo, utilizando la tecnología *Blockchain*, se pueden crear aplicaciones cuya información no se encuentre centralizadas en un servidor, sino que estén replicadas en todos los nodos o usuarios, democratizando por tanto el uso de la aplicación y asegurando a su vez que la información no se pierda por la destrucción de un servidor, pues ésta permanecerá inmutable en la cadena de bloques. Por otro lado, del mismo modo en que *Apple* o *Google* cuentan con un portal o tienda donde aparecen las aplicaciones (*App Store* o *Play Store*), también a través de la página *State of Dapps* se permite el acceso a multitud de aplicaciones descentralizadas de todo tipo (desde finan-

²⁰ Para una aproximación más profunda a las ICO puede verse, ampliamente, BORREIKO, D., FERRANINI, G. y GIUDICI, P. «*Blockchain Startups and Prospectus Regulation*» en *European Business Organization Law Review* (2019).

zas, juegos, ...hasta un «mercado de predicciones» como se considera a la Dapp Augur), e incluso se posibilita que cualquiera pueda subir o carga una nueva aplicación, determinando la plataforma a utilizar, siendo *Ethereum* la más popular.

Dejando a un lado las múltiples funcionalidades y posibilidades de *Ethereum*, a continuación se expondrá brevemente el funcionamiento de la red. Si bien guarda muchas similitudes con *Bitcoin* (descentralizada, consenso entre nodos, código abierto, protocolo PoW, etc.) ésta se diferencia en que utiliza un sistema de computación «Turing completo», que permite que un ordenador pueda realizar cualquier tipo de operación y, bajo el lenguaje de programación de *Ethereum* denominado *Solidity*, permite que se puedan programar condiciones propias de los *Smart Contracts* («if...then») que serán ejecutadas gracias a la *Ethereum Virtual Machine* (EVM)²¹.

Habida cuenta las operaciones son bastante más complejas que en *Bitcoin* y requieren mayor poder de computación, cada operación cuenta con un gasto computacional cuya unidad de medida se conoce como «Gas» y equivaldría por poner un símil, al petróleo con el que funciona la red *Ethereum*. El Gas, por consiguiente, sería el impuesto que paga, generalmente en Ether, el usuario –o el incentivo que recibe el «minero» por la ejecución de la operación y que, dependiendo de su complejidad, será más o menos cara en tanto requerirá mayor poder de computación y, consecuentemente, precisará más Gas²².

I.3 Hacia las siguientes generaciones de *blockchain*

A cada profundo cambio se le suele etiquetar en una nueva generación de *Blockchain* que, en algún punto, está basada en la mejora del instrumento anterior. Por ejemplo, *Bitcoin* supuso la primera criptomoneda pero quedaba limitada a dicha función fija por lo que, con base en su tecnología pero con el objetivo de mejorarla surgió *Ethereum* con los *Smart Contracts*, considerándolos la segunda generación. La escalabilidad de la *Blockchain*, por consiguiente, se erige en una constante.

²¹ Un artículo relativamente sencillo e ilustrativo sobre las características de un sistema Turing Completo puede verse en el siguiente enlace <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8817210/12/17/Ethereum-es-Turing-completo-y-eso-que-es.html>.

²² Vid. la interesante entrada de MAJURI, Y. «Simply explained: Ethereum Gas» en medium.com. Disponible en el siguiente enlace <https://medium.com/@yakko.majuri/Blockchain-definition-of-the-week-ethereum-gas-2f976af774ed>.

Entre los distintos ejemplos que pudieran exponerse, existe un relativo consenso en que la tercera generación de *Blockchain* viene de la mano de *Cardano*, cuya criptomoneda se denomina ADA. Una de las principales novedades de la red es que migra de la anteriormente explicada «Prueba de trabajo» (*Proof of Work, PoW*) hacia un sistema denominado «Prueba de participación» (*Proof of Stake, PoS*). Igual que la *PoW*, la *PoS* está relacionada con el consenso necesario entre los nodos para la validez de la operación pero, a diferencia de la *PoW* que requería gran poder computacional por parte de sus mineros para descifrar complejas operaciones, la *PoS* no requiere tanta energía y los validadores –en este nuevo protocolo ya no se les conoce como mineros– pueden validar las operaciones de un modo más rápido, sencillo y seguro²³.

Uno de los objetivos de *Cardano* consiste en seguir escalando la tecnología *Blockchain* desde los avances de *Ethereum*. Así, a diferencia de esta red previamente analizada, *Cardano* basa su estructura en capas, lo cual otorga mayor flexibilidad y la posibilidad de abordar transacciones más complejas de un modo más sencillo. *Cardano* utiliza dos tipos de script diferentes. El primero, llamado *Simon*, con base en la experiencia previa, es un lenguaje muy sencillo para realizar las transacciones. El segundo, denominado *Plutus*, puede interactuar con sistemas financieros previos a *Cardano* y puede adaptarse a tipos de transacciones personalizadas. Se trata, además de un lenguaje mucho más simple y menos complejo para aquellos que no tienen grandes nociones de programación que, en definitiva, mejorará el desarrollo y las funcionalidades de los *Smart Contracts*²⁴.

Más allá de los distintos proyectos y nuevas plataformas –con sus respectivas criptomonedas– en *Blockchain*, también se antoja probable un desarrollo notable del Internet de las Cosas (*IoT*, en inglés). Por ejemplo, en sectores como el energético a través de *Blockchain* los paneles solares registran su exceso de producción en la cadena de bloques y lo venden a terceros vía *Smart Contracts*. Sin lugar a dudas, el desarrollo del *IoT* de la mano de la alta escalabilidad de los *Smart Contracts* y, por ende, de la tecnología *Blockchain*, causará transformaciones significativas en muchos sectores, generando nuevos

²³ El algoritmo de la *PoS* de *Cardano* se denomina «Ouroboros» en clara alusión al griego donde significa serpiente y cola y hace referencia a la imagen de una serpiente o incluso un dragón mordiéndose la cola y, formando a su vez un círculo que representa los ciclos, el retorno, en definitiva, la infinitud. <https://www.ecured.cu/Ur%C3%B3boros>.

²⁴ Sobre el desarrollo de *cardano*, *vid.*, entre otros, ACKERMANN, J. «*Blockchain* 3.0. The next generation of *Blockchain* Systems», publicado en *Advanced Seminar Blockchain Technologies*, Summer Term 2018, Technical University Munich.

modelos de negocio y haciéndonos reconsiderar el futuro del comercio a nivel mundial²⁵.

En conclusión, como se ha podido comprobar, desde el momento actual se infiere un imparable avance y desarrollo tecnológico de la tecnología *Blockchain*, que seguirá sumando generaciones. El potencial que ofrece esta tecnología es inimaginable pero, a buen seguro, incidirá en multitud de sectores e incluso afectará a nuestra actividad cotidiana. El Derecho, del mismo modo, no puede –ni mucho menos podrá– permanecer ajeno a esta tecnología.

I.4 Una lectura política del fenómeno

Pudiera pensarse que la tecnología *Blockchain* surge con base en el mero desarrollo del mundo digital y de las nuevas tecnologías. En efecto, desde el nacimiento de internet hasta la fecha, los usuarios hemos sido –y seguimos siendo, o lo intentamos al menos– capaces de ir evolucionando en nuestras competencias digitales a medida que iba apareciendo nuevo *software* e íbamos descubriendo nuevas funcionalidades. Pudiéramos considerar, por tanto, que la tecnología *Blockchain* y el uso de las criptomonedas constituyen un avance más sin otro trasfondo más que seguir «escalando» en el mundo tecnológico.

No obstante lo anterior, existe una marcada lectura política de la tecnología *Blockchain*. Sin ir más lejos, el propio Satoshi Nakamoto en su *White Paper* sobre *Bitcoin*, anteriormente analizado, expuso que el comercio digital tradicionalmente ha dependido de una entidad financiera para procesar los pagos electrónicos y, a su vez, plantea una nueva tecnología, la *Blockchain*, y criptomoneda, el *Bitcoin*, que lo consiguen directamente sin ningún tipo de intermediación. Cabe destacar, que la fecha de la publicación del trabajo no es para nada baladí, pues aparece en el año 2008, año de la quiebra de Lehman Brothers e inicio de una crisis financiera a nivel mundial²⁶.

Las criptomonedas, como es sabido, surgen en un entorno en el que no existe, a diferencia de las monedas físicas o dinero *fiat*, ninguna autoridad central. Son los propios usuarios los que realizan y validan, a través del minado, las transacciones mediante una política de consenso basada en la transpa-

²⁵ El ejemplo de los paneles solares y otros cuantos más, así como el fundamento del IoT en los Smart Contracts pueden verse en CHRISTIDIS, K y DEVETSIKIOTIS, M.» *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*», *IEEE Access*, 2016, volumen 4.

²⁶ Además, como expone POPPER, a las pocas semanas de la publicación del White Paper, Satoshi enfatizó las motivaciones ideológicas para que *Bitcoin* alcanzase un público más amplio. POPPER, N. *Digital gold: The untold story of Bitcoin*. Allen Lane., 2015, p. 30.

rencia y en la confianza que ofrece la inmutabilidad de la cadena de bloques. Por ello, en este entorno, no es infrecuente tropezar con la expresión «*code is law*» o «el código es la ley» en una perspectiva alejada de la influencia de las grandes financieras y de intereses regulatorios de los Estados e incluso, con un enfoque anarquista liberal de la tecnología *Blockchain*²⁷.

De hecho, además de Satoshi Nakamoto, un nutrido grupo de criptógrafos que se denominaban a sí mismo «*Ancaps*» (anarco-capitalistas) afirmaban, de un lado, que la sociedad facilita mejor la voluntad individual en una economía de libre mercado carente de regulación por Estados o grandes corporaciones y, de otro, comparten una fe en el «determinismo tecnológico progresivo», basado en la creencia de que la sociedad se puede mejorar y que las relaciones sociales así como las instituciones pueden funcionar de manera más efectiva mediante el uso de nuevas tecnologías²⁸.

Es cierto que la tecnología *Blockchain* tiende hacia soberanías más distribuidas, democratizadas y «tecnologizadas», prescindiendo de autoridades centrales. Sin embargo, muchos de sus elementos y características ya están siendo canalizados y refundidos tanto por capital corporativo como por los propios Estados; actores que están bien preparados e incentivados para aprovecharse de la situación. Las grandes corporaciones cuentan con los recursos para contratar técnicos y expertos informáticos y el Estado, por su parte y con sus recursos, intenta paulatinamente codificar y regular el mundo *Blockchain* del futuro cercano²⁹.

Así, a modo de ejemplo, Estonia se ha convertido en un país que lleva casi una década sirviéndose de la tecnología *Blockchain*, tanto en el sector público como en el privado. Bajo el lema «más transparencia, menos burocracia» (*more transparency, less bureaucracy*) los ciudadanos pueden, entre otros trámites, acceder a su historial médico e incluso saber qué médico ha accedido y cuándo lo ha hecho³⁰. También Argentina, a través de la plataforma *Blockchain* Federal Argentina se ha sumado al uso de esta tecnología para que la ciudadanía, sin intermediación y de forma sencilla pueda p.ej. desde certificar

²⁷ En palabras de MARKEY-TOWER «*La tecnología Blockchain, por lo tanto, ofrece finalmente la posibilidad de alcanzar el sueño anarquista, una sociedad que está compuesta por grupos formados completamente por asociaciones mutua, ausencia de violencia y coerción. Blockchain podría proporcionar el eslabón perdido que permite la formación de sociedades a gran escala (por lo tanto, factibles) con instituciones formuladas y promulgadas, así como registros mantenidos y verificados colectivamente. Toda una utopía.*» MARKEY-TOWER, B. «Anarchy, Blockchain and Utopia: A theory of political-socioeconomic systems organised using Blockchain» *The Journal of British Blockchain Association*, Vol.1 marzo 2018.

²⁸ MANSKI, S. y MANSKI, B. «No Gods, No Masters, No Coders? The Future of Sovereignty in a Blockchain World», *Law Critique, Springer*, 2018, p. 155.

²⁹ MANSKI, *op. cit.* p. 159.

³⁰ CHAWLA, H. «Blockchain: the key to anarchist self-governance?» Tesis publicada en Researchgate en julio de 2018, p. 26.

la autenticidad de los títulos académicos hasta facilitar y dotar de transparencia a los procesos de licitaciones públicas³¹.

Pero no sólo los Estados, también las grandes multinacionales apuestan por la tecnología *Blockchain*. Facebook, la red social mundialmente conocida, también trabaja en la creación de una criptomoneda llamada Diem –anteriormente Libra–, si bien lo hace –y ello está complicando/modificando el proyecto inicial– en un consorcio donde también se encuentran Visa, PayPal o MasterCard.

Sea como fuere, la realidad es que la utilización de la tecnología *Blockchain* por los Estados y por las grandes empresas lleva consigo la consiguiente regulación, y en ello se encuentran tanto la Unión Europea como Estados Unidos, entre otros actores³². Es cierto, por una parte, que la regulación supone el fin de la propia esencia de *Blockchain* pero, por la otra, ofrecerá seguridad jurídica a una sociedad todavía cautelosa de una tecnología que gran parte desconoce, aunque a buen seguro no por mucho tiempo.

II. VENTAJAS DE *BLOCKCHAIN* FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Una vez analizado su funcionamiento y habiendo realizado una aproximación a las funcionalidades que ofrece la tecnología *Blockchain*, se analizará como puede resultar un instrumento efectivo en la prevención y lucha contra la corrupción.

En primer lugar, es importante remarcar que la naturaleza o el ecosistema *Blockchain* es opuesto, *per se*, a la corrupción. Y ello porque, como es bien sabido, la corrupción está fuertemente asociada con la intimididad, las transacciones ocultas y la manipulación o falsedad de la realidad, mientras que los presupuestos de *Blockchain* representan, de entrada, lo contrario:

a) Transparencia

Como se ha expuesto, cualquier usuario de la red *Blockchain* puede verificar los datos almacenados en la cadena de bloques. Sin perjuicio de que la *Blockchain* sea pública o privada –lo cual limitará esta condición a quienes estén autorizados–, los usuarios de la misma podrán corroborar la validez de lo actuado.

³¹ Véase la página web de la *Blockchain* Federal Argentina <https://bfa.ar/blockchain/casos-de-uso/licitaciones>.

³² Vid. el interesante artículo de ROLDÁN MARTÍNEZ, V. «Regulación y criptomonedas: ¿el fin de la utopía anarcoliberal?» en *Cinco Días* 13 noviembre 2019.

Así las cosas y en el marco de los ODS marcados por Naciones Unidas, la transparencia resulta esencial para el desarrollo sostenible, concretamente en el ODS 16.5 «*Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas*» y 16.6 «*Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas*»³³.

A este respecto, la tecnología *Blockchain* puede fomentar, por consiguiente, la transparencia en ámbitos tan susceptibles de corrupción como la contratación pública. Así pues, de acuerdo con Botto y Castrovinci Zenna, una de las perspectivas de aplicación más prometedoras de esta tecnología es la comprobación de los requisitos de los competidores y, más en general, la reducción de la asimetría informativa entre la Administración Pública y los operadores económicos. Precisamente en vista del aumento de confianza que ofrece *Blockchain* parece fácil prever su utilización con el fin de hacer más eficaz el mecanismo de verificación de los competidores (y de la documentación presentada por éstos), así como los análisis de mercado realizados por las entidades contratantes³⁴. No se trata ni mucho menos de una utopía pues, entre otras Administraciones Públicas, el Gobierno de Aragón cuenta desde hace años con un sistema pionero para registrar y evaluar ofertas reales de licitaciones en concursos públicos que se sirve de esta tecnología³⁵.

b) Inmutabilidad

Los datos, una vez han sido almacenados o registrados en la cadena, no pueden ser modificados, lo que dificulta enormemente su manipulación y fraude. La inmutabilidad supone, por consiguiente, una garantía que refleja la autenticidad de lo acordado.

Supone una gran ventaja porque, como es sabido, uno de los principales temores –también riesgos– a la hora de suscribir un contrato es la desconfianza hacia la contraparte ante un posible incumplimiento. De hecho, el contrato como instrumento jurídicamente vinculante, precisamente tiene su razón de ser en la necesidad, de un lado, de que personas (físicas o jurídicas) puedan contratar sin necesidad de conocerse y, de otro, en que su contenido, en caso de incumplimiento, pueda ser reclamado ante los tribunales.

³³ Vid. Los objetivos de los ODS <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

³⁴ BOTTO, A. y CASTROVINCI ZENNA, S., «La Blockchain negli appalti pubblici, come utilizzarla: i vantaggi» en *Network Digital* 360, 10 septiembre 2018. <https://www.agendadigitale.eu/procurement/la-blockchain-negli-appalti-pubblici-come-utilizzarla-i-vantaggi/>.

³⁵ Entre otros portales, la noticia puede consultarse aquí <https://www.blockchaineconomia.es/aragon-es-pionera-mundial-en-contratacion-publica-blockchain/>.

El miedo al incumplimiento, sin embargo, se desvanece ante la utilización de la tecnología *Blockchain*, por ejemplo a través de los *Smart Contracts*, suscrito entre privados o con las Administraciones Públicas. Y ello porque si se cumplen las condiciones preestablecidas, su ejecución, siguiendo la mecánica «*if...then*» resulta automática en tanto la característica que implica la consideración de estos programas como «inteligentes» es la capacidad para ejecutarse por sí mismo y en sus propios términos.

Ello podrá implicar el fin de la desconfianza en materia contractual porque, en línea con lo dispuesto en el art. 1256 CC –«*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*»–, la ejecución de lo acordado se producirá con independencia de la voluntad posterior de las partes. Es decir, se limita el «arbitrio» al que alude el Código Civil pues una vez introducidas las condiciones en lenguaje-máquina, éstas se ejecutarán en sus propios términos y no podrán ser modificadas, de ahí la inmutabilidad de las mismas.

Un ejemplo interesante –y real– lo podemos encontrar en los *Smart Contracts* relacionados con las apuestas. Ya existen aplicaciones como p. ej. Augur que permiten apostar y, si se acontece finalmente el resultado apostado, se liberará el crédito³⁶.

También, ante un progresivo aumento del Internet de las Cosas (*IoT*), otro de los supuestos que suelen traerse a colación es la posibilidad de bloquear un coche o la entrada a un hotel ante el impago de la cuota previamente determinada. Así pues, si, p. ej. el día 30 no se ha liberado la cantidad establecida en el contrato, la cerradura del coche o el sistema de acceso a la habitación del hotel automáticamente se bloquean³⁷.

Por consiguiente, la programación de las condiciones deja escaso o nulo margen para la discrecionalidad en la ejecución que, como se ha indicado, se cumplirá según los términos acordados.

c) Seguridad

Al ubicarse en un registro distribuido (DLT) tampoco las operaciones que componen la cadena pueden ser borradas pues no se encuentran sitas en un único servidor sino que están replicadas en cada uno de los nodos.

³⁶ Augur es una aplicación descentralizada (DAPP) que permite realizar apuestas-predicciones de cualquier tipo, tales como acerca de cuándo la población mundial será vacunada ante la COVID-19, quién será el próximo presidente de cualquier país, etc. Trasciende, por tanto, las plataformas de apuestas deportivas. Para más información vid <https://augur.net/>.

³⁷ NEUBURGER, J. D., CHOY, W. L. y MILEWSKI, K. P. «Smart Contracts: Best Practices» en *Practical Law*, Thomson Reuters, Resource ID: w-022-2968, 2019, p. 2.

Es importante, sin embargo, que las partes verifiquen la seguridad de los códigos antes de ejecutar la cadena de *Blockchain* en tanto una cadena con códigos pobres o fácilmente manipulables puede dar lugar a problemas de seguridad. Así las cosas, principalmente en redes públicas o híbridas, estas son aquellas en las que gran parte de la información es pública pero existen elementos restringidos únicamente a los usuarios autorizados, la replicación en los distintos nodos y la publicidad de la cadena implica que cualquier ataque o amenaza pueda ser advertida por los usuarios, dotando por consiguiente de seguridad y certidumbre a las operaciones realizadas.

d) Desintermediación

Tradicionalmente las transacciones han sido verificadas y/o realizadas –o promovidas– por terceros. Es más, una práctica corrupta que acontece desde antiguo es el pago al intermediario con la finalidad de que ejerza sus influencias en la obtención de la concesión de un determinado contrato³⁸.

Sin embargo, la tecnología *Blockchain* elimina la intermediación en tanto se automatiza la ejecución de la transacción mediante la codificación de su contenido como de las circunstancias que la provocan, tal y como sucede con los referidos *Smart Contracts*.

Asimismo, el hecho de que la ejecución se automatice –de ahí que hablemos de auto-ejecución o auto-ejecutoriedad– simplifica notablemente el cumplimiento contractual, ya sea la liberación de crédito, la entrega de una cosa, etc., pues si ésta resulta automatizada y se elimina el factor humano, se reducirá los riesgos de incumplimiento. Asimismo, la no participación de un tercero o la ausencia de intermediación en la fase de ejecución implicará una reducción importante de los costes del contrato.

En conclusión, las características de inmutabilidad y seguridad dificultan que los actores corruptos manipulen datos. De otro lado, la supresión de terceros reduce la posibilidad de soborno o fraude y reduce costes, mientras que la transparencia posibilita que las transacciones corruptas sean más fáciles de reconocer.

Por todo lo anterior, los expertos ven mucho potencial para que *Blockchain*, a la que todavía le queda mucho margen de escalabilidad, pueda ser útil en la lucha contra la corrupción y no es de extrañar que se prevea la utilización de esta tecnología en distintos sectores. Así pues, ya existen iniciativas y pro-

³⁸ Sobre esta práctica corrupta, principalmente en el ámbito de las inversiones internacionales, puede verse GIMENO BEVIA, J. «Retos que plantea el arbitraje internacional frente a la corrupción», *Revista General de Derecho Procesal Iustel*, n.º 34, 2014.

yectos realmente interesantes para su utilización en la contratación pública, en la digitalización del registro de la propiedad, en sistemas electorales para evitar fraudes, para evitar la corrupción en las cadenas de suministros, en los mercados energéticos, en la suplantación de identidad, fraudes en seguros y muchos otros ámbitos más.

III. PROBLEMAS Y/O VULNERABILIDADES

Del mismo modo que las nuevas tecnologías, en general, han tenido un impacto positivo en la sociedad, no es menos cierto que también favorecen la comisión de delitos y ciberdelitos. Con *Blockchain* sucede lo mismo: si bien su utilización reporta innumerables ventajas, también existen fallas que dan lugar a la comisión de delitos, principalmente a través de las criptomonedas que permiten la compraventa de bienes/servicios así como su conversión en dinero *fiat* para blanquear así capitales provenientes de actividades ilícitas. Así las cosas, aunque es cierto que el blanqueo de capitales a través de *Bitcoin* no es tan sencillo ni siquiera tan frecuente como a priori se puede pensar –de hecho, existen voces que arguyen que son los propios Estados los que atacan mediáticamente las criptomonedas– no lo es menos que, aunque sea en un porcentaje bajo, ha dado lugar a su utilización en mercados delictivos de la *Darknet* o *Darkweb* para actividades ilícitas. Entre las características que pueden favorecerlo destacan las siguientes:

a) Anonimato

Aunque las transacciones queden almacenadas en la cadena de bloques cabe advertir que éstas pueden no contener información sobre quién las realiza. En no pocas ocasiones, la dificultad de determinar la identidad de los actores de la *Blockchain*, ha permitido su utilización en la *Deep Web* para realizar transacciones ilegales relacionadas con delitos tales como el tráfico de drogas, usurpaciones de identidad e incluso para el pago de asesinatos. Y ello porque la criptografía utilizada dificultaba el que las autoridades pudieran rastrear el origen de las transacciones, quedando pues impunes tales delitos.

Es cierto, no obstante lo anterior, que no todas las *Blockchain* permiten el anonimato pues, por ejemplo, en el mundo cripto, al menos para aquellos usuarios que invierten a través de conocidas plataformas, sí suele existir un control en la identidad. Además, también cabe remarcar que la identidad no es sólo –ni principalmente– la única forma para identificar al usuario de la red

pues también han sido detenidos delincuentes informáticos que han podido ser identificados mediante la dirección IP o la geolocalización³⁹.

b) Descentralización

La ausencia de supervisión o de una autoridad central permite a organizaciones criminales acceder como cualquier usuario a redes «entre iguales» (en redes P2P) y realizar operaciones. En este escenario, la ausencia de un tercero confiable que valide la transacción –p. ej. como sucede con un banco a la hora de validar una transferencia– puede facilitar la comisión de delitos.

La falta de una autoridad central, por consiguiente, deja al albur de los usuarios la utilización de la red así como puede promover, como sucede con las criptomonedas, que puedan acontecer fenómenos especulativos y de desinformación⁴⁰.

Pero esta desventaja, del mismo modo que la característica anterior, resulta matizable. La descentralización no implica la ausencia un tercero validador, sino que ésta se democratiza entre los usuarios de la red. Ahora bien, si se utiliza en mercados de *DarkWeb* –*SilkWay*, *Alphabay*,...– es cierto que la descentralización puede facilitar la impunidad.

c) Inmutabilidad

Aunque es una ventaja, también desde la perspectiva de su irreversibilidad, resulta harto complejo deshacer transacciones que oculten actividades ilícitas pues la auto-ejecución de las condiciones previamente definidas en la cadena de *Blockchain*, dificulta notablemente que puedan ser revertidas. Si bien en un contexto jurídico tradicional, pero a la vez totalmente extrapolable al fenómeno que nos ocupa, es interesante traer a colación la afirmación de López-Medel Bascones, quien indica que «...*Frente a este postulado básico y esencial del pacta sunt servanda, pueden acontecer circunstancias no solo*

³⁹ «Aun así, no está demostrado que exista un anonimato absoluto dentro de las Blockchain. Un estudio publicado por investigadores de la Universidad de Qatar7 afirmó haber podido revelar la identidad de los clientes de sustancias ilícitas en SilkRoad en al menos 22 de las 100 direcciones IP analizadas, a partir del sistema de trazabilidad de la misma Blockchain. El estudio también pudo detectar diferentes operaciones llevadas a cabo en Wikileaks, Snowden Defense Fund, The Pirate Bay y otros sitios dentro de la Deep Web», ABUHAYAR, C. M., ALONSO-ALLENDE, J., ESCAURIAZA, M. GONZALO, J., MÁRQUEZ, R. y MORENO, F. J «Descifrando la blockchain» Revistas Unav., Nuevas Tendencias, n.º 100, 2018.

⁴⁰ LINDMAN, J., ROSSI, M. y TUUNAINEN, V. P «Opportunities and risks of Blockchain technologies in payments –a research agenda» Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences, 2017, p. 1535 disponible en el siguiente enlace <https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/bitstream/10125/41338/paper0189.pdf>.

*excepcionales, sino muy extraordinarias que puedan afectar de tal manera a desaparición de la base objetiva del negocio, y que lleven, por anulación de esa base o por una alteración tan radical e imprevisible, a que se abra paso, por razones de fundada equidad y de objetividad –que no son incompatibles sino convergentes–, a la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.»*⁴¹. Por ello, en consonancia con el referido autor, la auto-ejecución impide atender circunstancias excepcionales que puedan acontecer en el desarrollo de la operación o del contrato, de tratarse de un *Smart Contract*, tales como la ilicitud de su objeto, ya sea previamente conocida o sobrevenida.

Tampoco la auto-ejecución, entendida como la imposibilidad de detenerse, permite valorar si cabe suspender temporalmente o dejar en *stand by* el contrato ante un ataque informático en el software que desencadena su ejecución. Si se produce un *bug* o error de *software* causado por un ataque malicioso debiera éste ser reparado para no ver afectado el cumplimiento del contrato en sus propios términos.

Por lo anteriormente expuesto, algunas de las ventajas y beneficios que ofrece la tecnología *Blockchain*, desgraciadamente, pueden ser utilizados con finalidades espurias e incluso delictivas.

IV. CUESTIONES PROCESALES

Tal y como se ha explicado en la lectura política del fenómeno, *Blockchain* huye de las autoridades centrales y basa su funcionamiento o, mejor dicho, su filosofía en el manido «*code is law*» o «el código es la ley. En una sociedad civilizada, la existencia de leyes resulta necesaria para garantizar la convivencia, así como el Poder Judicial como un verdadero poder del Estado para la resolución de conflictos intersubjetivos y sociales que pudieran acontecer.

En la realidad virtual basada en la tecnología *Blockchain*, sin embargo, ante la comisión de delitos y dada la ausencia de una autoridad central, se han impuesto soluciones a los conflictos de lo más heterogéneas.

Principalmente se imponen soluciones de autotutela y/o autocompositivas, en la que los propios usuarios de la red, bien por imposición, bien por consenso, han sido capaces de reaccionar a distintos fallos de seguridad que

⁴¹ LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J. «La cláusula rebus sic stantibus. Modificación o resolución de contratos ante la crisis del coronavirus», Revista de la Abogacía, de libre acceso en el siguiente enlace <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-clausula-rebus-sic-stantibus-modificacion-o-resolucion-de-contratos-ante-la-crisis-del-coronavirus/>.

han permitido la comisión de delitos. Un ejemplo claro lo encontramos en el popularmente conocido como caso o ataque DAO (*The DAO Attack*). El proyecto DAO (su nombre proviene de *Decentralized Autonomous Organizations*) consistía en una suerte de fondo de capital riesgo para operar en un ámbito descentralizado y se erigió en uno de los proyectos más innovadores y prometedores del momento que recaudó cuantiosas sumas en la criptomoneda de la red *Ethereum* (ETH). Sin embargo, un problema de seguridad en su creación dio pie a un ataque que supuso una sustracción de ETH equivalente a 50 millones de dólares. Ante el robo, se plantearon dos escenarios. El primero, consistía en no hacer nada porque se parte de la base que «el código es ley». El segundo, por el contrario, planteaba una «*hard fork*» que implica una intervención en el código original *Blockchain* y poder así recuperar el dinero pero, a su vez, contravenir los principios esenciales de las redes descentralizadas. Aunque de forma consensuada entre la mayoría de usuarios de la red, se apostó por la segunda vía, esto es, el «*Hard fork*», ello produjo una importante bifurcación: de un lado, la *Blockchain Ethereum* original –contraria a la *Hard Fork*– ahora se denomina *Ethereum Classic*, mientras que la mayoritaria, que opera en esta *Hard Fork*, sigue con la nomenclatura *Ethereum*. Por tanto, la que actualmente se conoce como *Ethereum*, la mayoritaria y popular, en realidad sufrió una suerte de reinicio por un problema de seguridad.

De esta lección se extrae la problemática de considerar al código como ley y la dificultad que entraña reparar o mitigar errores en un entorno carente de una autoridad central y ausente de regulación. También, por otro lado, desde una perspectiva jurídica se observa como la ausencia de un tercero impide una solución heterocompositiva del conflicto y se imponen soluciones auto-compositivas y/o de autotutela que, como muestra el referido ejemplo con la bifurcación de la red originaria, no deja a todos los usuarios satisfechos.

Por otro lado, el ejercicio de la jurisdicción ante ilícitos acontecidos mediante el uso de esta tecnología puede resultar impredecible. En España apenas hay jurisprudencia, si bien la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su STS 326/2019 de 20 de junio (M. P. Llarena Conde) determinó ante un delito de estafa en *Bitcoin* que esta criptomoneda no tiene la consideración legal de dinero, ni puede considerarse como tal a efectos de responsabilidad civil. No obstante lo anterior, puede ser utilizado como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten⁴².

⁴² La sentencia se encuentra disponible en el siguiente enlace STS, Sala de lo Penal, núm. 326/2019, de 20 de junio, recurso: 998/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

Por consiguiente, si los Estados pretenden el uso de esta tecnología en la lucha contra la corrupción, debe emplearse como un medio para la consecución del tal fin, esto es, mediante la aproximación de la tecnología *Blockchain* a la regulación. Ello no resulta imposible, ni mucho menos, pues la tecnología *Blockchain*, por ejemplo, a través de los *Smart Contracts*, es realmente flexible y puede utilizarse en entornos delimitados –públicos o privados– que permitan, amén de la identificación de los actores que participen de ella, tener en consideración distintas regulaciones sin ver alterada su naturaleza. También es conveniente que todo aquello ínsito a la tecnología (p. ej. la codificación en lenguaje máquina) tenga un reflejo y una trazabilidad documentada con la finalidad de facilitar su incorporación al proceso. Así pues, si desde lo público se pretende la utilización de esta tecnología, es conveniente acercarla al Derecho para la aplicación del *ius puniendi* en la justicia penal.

LA ARMONIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES DE INVESTIGADOS Y ACUSADOS EN LA UE. COMPROMISOS DE TRASPOSICIÓN PENDIENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

ANA MARÍA NEIRA PENA
Profesora Contratada Doctora. Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

La libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios en la UE nos sitúa ante un escenario en el que el dogma de la soberanía estatal ha de ser necesariamente sometido a revisión. Las repercusiones de los crímenes cometidos en este contexto trascienden las fronteras del Estado-Nación y demandan una respuesta supranacional en lo que se refiere al ejercicio del *ius puniendi* y, por lo tanto, también en las garantías que deben rodear su ejercicio.

Sin embargo, institucionalizar un modelo europeo de justicia penal no es una tarea sencilla. Las reticencias a la cesión de soberanía en este ámbito son un escollo importante y las disparidades entre los sistemas nacionales, a pesar de la base convencional común constituida principalmente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y sus Protocolos, siguen siendo apreciables.

En todo caso, la UE, como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ha de tener como misión y eje vertebrador de su actuación el fortalecimiento de la libertad de los individuos, y no sólo en lo que se refiere a las libertades vinculadas al mercado único –libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas–, sino también en cuanto a la libertad en su sentido clásico: entendida como liber-

tad individual frente al poder público. Pues bien, en la consecución de tal cometido, asegurar que el *ius puniendi* estatal se ejerce con sujeción a determinadas garantías, se erige también en función esencial de la UE, en tanto que garante de las libertades individuales, de la democracia y del Estado de Derecho¹.

Más allá del valor que en sí mismo subyace en las actuaciones en torno al reforzamiento de las garantías procesales de los individuos, hay que reconocer que la aproximación legislativa instada desde la UE no atiende exclusivamente a un encomiable deseo de mejorar los derechos de la ciudadanía, sino que obedece, así mismo, a otra imperiosa razón: la necesidad de actuar en interés de la eficacia del principio de reconocimiento mutuo, asegurando una fluida cooperación judicial entre los Estados miembros de la UE, a través del fortalecimiento de la confianza mutua². En este sentido, cabe afirmar que la armonización de las garantías procesales forma parte de un círculo virtuoso, de forma que el avance en la aproximación legislativa hacia la creación de un estatuto europeo común para todo investigado o acusado sirve para fortalecer la confianza mutua entre los Estados miembros, lo que a su vez incide en una mayor eficacia de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales³.

¹ En este punto, vale la pena recordar las palabras de J. GOLDSCHMIDT, para quien «*los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*» (GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935, p. 110); Por su parte, ARANGÜENA FANEGO, C., *La armonización de las garantías procesales de sospechosos y acusados en la Unión Europea*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 2019 (a), p. 7, señala que, en Europa, existe una comunidad que comparte unos valores e intereses, entre los que está la protección de los derechos fundamentales, entre los cuales, como no podría ser de otro modo, se recogen los derechos procesales de que goza la parte pasiva del proceso penal.

² ARANGÜENA FANEGO, C., «Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios europeos*, núm. 1, 2019 (b), pp. 5-40, p. 33. En este sentido, el Consejo Europeo de Tampere de 1999 declaró en sus conclusiones que, en el contexto de llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo, también debe emprenderse una labor en torno a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con estándares mínimos comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros (conclusión 37). De hecho, la base jurídica de desarrollo de las Directivas de mínimos sobre derechos procesales viene constituida, precisamente, por la necesidad de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, tal y como dispone el art. 82.2 TFUE.

³ Tal y como indica VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006, pp. 1740-1746, a través de la aproximación de las legislaciones nacionales, mediante la fijación de estas normas mínimas comunes, se consigue incrementar el grado de confianza entre los Estados miembros, con el fin de que éstos no se cuestionen recíprocamente su capacidad para garantizar en sus respectivos territorios el respeto del derecho a un juicio justo. Esta idea, que sabe ya a lugar común entre la doctrina procesalista, ha sido desarrollada por diversos autores. Véase, en este sentido: FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 154-168.

Al mismo tiempo, las relaciones y contactos que se establecen entre Estado de emisión y Estado de ejecución, como resultado de la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo existentes, hacen surgir nuevas necesidades de armonización o aproximación legislativa en cuanto a las garantías procesales, de tal forma que los avances que se producen en términos de seguridad, entendida esta como eficacia en la libre circulación de resoluciones judiciales, y en la libertad, en términos de fortalecimiento del estatuto jurídico procesal del encausado, se producen de forma paralela y sinérgica. Se pone en marcha, de este modo, una suerte de *círculo virtuoso de la confianza*.

La base convencional que aporta el CEDH, del que todos los Estados miembros son parte, junto con la jurisprudencia del TEDH, sin duda, resulta esencial para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el territorio de la Unión, y, entre ellos, de los de naturaleza procesal, que aquí interesan. Sin embargo, a pesar de haber sentado las bases para la adopción de estándares comunes de protección entre los Estados miembros de la UE⁴, el compromiso en torno al Convenio resulta insuficiente para impulsar el reconocimiento mutuo. Las razones que explican tal insuficiencia estructural son las siguientes. En primer lugar, ocurre que las disposiciones del CEDH son demasiado genéricas, limitándose, en ocasiones, a enunciar ciertos derechos, pero sin entrar a detallar su contenido, desarrollo que corresponde al TEDH a través de la interpretación y aplicación de los principios y valores procesales del CEDH, desde la lógica casuística que naturalmente informa su actuación. En segundo lugar, por el amplio margen de apreciación nacional concedido a los Estados por el Tribunal de Estrasburgo, el cual se justifica en vista del contexto plural y heterogéneo en que este ejerce su función jurisdiccional, la cual, además, viene caracterizada por la lógica de la subsidiariedad⁵. Y, en tercer lugar, porque el grado de cumplimiento del Convenio no es homogéneo en los distintos Estados signatarios del mismo, como pone de manifiesto la jurisprudencia del TEDH y, señaladamente, la elevada y creciente litigiosidad que se observa en su ámbito actuación⁶.

A los anteriores motivos para proclamar la insuficiencia del CEDH como factor homogeneizador dentro de la UE habría que añadir una última consideración. Y es que, a pesar de lo dispuesto en el art. 6.2 TUE, según el cual «[l]

⁴ FAGGIANI (2017): p. 33.

⁵ Sobre la tensión natural entre la soberanía estatal y la integración construida alrededor del CEDH, véase: GARCÍA ROCA, J.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010. Más específicamente, sobre el margen de apreciación nacional en relación con los derechos procesales penales del CEDH y la forma en que condiciona la actuación del TEDH, véase FAGGIANI (2017): pp. 55-65, 154-168.

⁶ VALBUENA GONZÁLEZ (2006): pp. 1740-1746.

a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», a día de hoy, tal adhesión continúa sin producirse. Situación que, por otra parte, no parece que tenga fácil solución, en vista de las consideraciones del TJUE expresadas en su Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014⁷, relativas a la autonomía y primacía del Derecho de la Unión y, señaladamente, a su poder hegemónico como intérprete último del Derecho de la Unión⁸.

Los referidos factores contribuyen a que el grado de confianza que la vinculación al CEDH aporta resulte insuficiente para asegurar la eficacia del sistema de reconocimiento mutuo⁹. De ahí que la promulgación de ciertas Directivas para avanzar en la armonización de los derechos de la parte pasiva del proceso penal se haya considerado necesaria desde el punto de vista de la libre circulación de resoluciones judiciales en materia pena.

II. ANTECEDENTES Y BASE JURÍDICA DE DESARROLLO PARA LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS PROCESALES DEL INVESTIGADO O ACUSADO EN LA UE

El marco jurídico común de referencia para las Directivas sobre derechos procesales viene constituido por los arts. 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE), así como por el art. 6 del CEDH, los cuales vendrían a constituir la base sustantivo-constitucional de los derechos desarrollados en aquellas¹⁰. No sólo porque en su desarrollo, las Directivas europeas beban de tales fuentes de Derecho primario y convencional, sino también porque en sus propios considerandos la alusión a tales fuentes como elemento de interpretación es una constante.

⁷ ECLI: EU: C:2014:2454. El Dictamen del TJUE se encuentra disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES>.

⁸ Sobre las dificultades intrínsecas a este proceso de adhesión, véase ALLUÉ BUIZA, A., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un proceso complejo de difícil resolución», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 29, 2015, pp. 33-54.

⁹ ARANGÜENA FANEGO, «Nuevas Directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal», en AA. VV. Arangüena Fanego (coord.): *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 269-301, p. 270; En este sentido, FAGGIANI (2017): p. 180, señala que el TEDH, a pesar de los estándares comunes consagrados en el CEDH, no consigue asegurar por sí sólo una protección homogénea de los derechos procesales, ya que en la práctica los niveles de aplicación de tales estándares difieren notablemente entre los distintos Estados, a lo que hay que añadir que las garantías de control sobre su aplicación son fragmentarias y actúan *ex post*.

¹⁰ FAGGIANI, V., Tesis doctoral *La justicia penal en la UE. Hacia la armonización de los derechos procesales*, Granada, 2015, p. 404, disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/39831/24589615.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

En todo caso, el antecedente más inmediato de las Directivas sobre derechos procesales hay que buscarlo en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE, presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 28 de abril de 2004¹¹, en la cual se pretendía aglutinar la regulación de un conjunto de derechos procesales. Tras el fracaso de esta iniciativa, se decidió cambiar de estrategia, y regular de forma gradual e individualizada los distintos derechos procesales de los inculpados. Esta nueva técnica de aproximación legislativa, a pesar de resultar más lenta, se reveló como más eficaz, en vista de la mayor facilidad de alcanzar consensos parciales y progresivos en relación con las diversas garantías consideradas necesitadas de armonización.

Así pues, el día 30 de noviembre de 2009, el Consejo de la UE adoptó una Resolución relativa al «*Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales*» (2009/C 295/01). En esta Resolución se constata que mientras que en la UE se han tomado medidas diversas para garantizar un elevado nivel de seguridad para los ciudadanos, existe una necesidad similar de abordar los problemas específicos que se plantean cuando una persona es sospechosa o está acusada en un proceso penal (Considerando 4). Por ello se resuelve la necesidad de llevar a cabo acciones específicas sobre derechos procesales, a fin de asegurarse de que los procesos penales sean equitativos (Considerando 5).

El referido Plan de Trabajo encontró perfecta acogida en el *Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (2010/C 115/01), en el que se establecieron las prioridades de la UE respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia para el periodo 2010-2014¹². Y, en este sentido, dentro del objetivo general de promover los derechos de los ciudadanos, el Programa de Estocolmo reconoció que la protección de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales constituye un valor fundamental de la Unión, imprescindible para mantener la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza del ciudadano en la Unión, acogiendo el Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales como parte integrante del Programa de Estocolmo.

Así pues, en el Programa de Estocolmo se contiene la invitación del Consejo Europeo dirigida a la Comisión para presentar las propuestas pre-

¹¹ Su antecedente más inmediato, viene constituido por el denominado «*Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea*» (Bruselas, 19.2.2003, COM (2003) 75 final).

¹² ARANGÜENA FANEGO (2019 a): p. 10.

vistas en el Plan de trabajo, así como para examinar nuevos elementos de los derechos procesales, en los que resulte conveniente actuar a nivel de la Unión, a través del establecimiento de normas de mínimos. Los derechos incluidos en el referido Plan se consideran derechos procesales fundamentales, acordándose conceder prioridad a la actuación relativa a tales derechos. Concretamente, la Comisión es llamada a hacer propuestas sobre las siguientes garantías: *Medida A*: Traducción e interpretación; *Medida B*: Información sobre derechos e información sobre los cargos; *Medida C*: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita; *Medida D*: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; *Medida E*: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables; *Medida F*: Libro Verde sobre la detención provisional¹³.

Como respuesta a tal invitación, la Comisión, el 20 de abril de 2010, presentó un Plan de Acción (COM (2010) 171 final), en el que, en línea con el Programa de Estocolmo, el ciudadano se sitúa en el centro de atención de las políticas comunitarias¹⁴. En el referido Plan, se incluyen propuestas legislativas tendentes a reforzar los derechos de los acusados en los procesos penales con el fin de que tengan un juicio justo, con propuestas sobre la información que se les debe facilitar acerca de las acusaciones que pesan sobre ellos, la asistencia letrada que se les debe proporcionar, la comunicación con sus familiares y la adopción de garantías especiales en lo que atañe a las personas vulnerables.

El TFUE contiene la base legal para el desarrollo de esta aproximación legislativa. Concretamente, el art. 82.2 TFUE dispone que, en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las cuales tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Y estas normas podrán referirse, entre otras materias, a los derechos de las personas durante el procedimiento penal (apdo. b), art. 82.2 TFUE).

El antes referido Plan de Trabajo y el Plan de Acción de la Comisión han tenido su reflejo en la aprobación gradual de seis Directivas sobre los derechos procesales de los sospechosos y acusados en el proceso penal, las cuales se

¹³ Tal y como indica ARANGÜENA FANEGO (2019 a): p. 10, estas medidas se recogen con carácter orientativo y no exhaustivo, previéndose expresamente la posibilidad de que las mismas puedan completarse con otras.

¹⁴ ARANGÜENA FANEGO (2019 a): p. 10.

encuentran en diferentes fases de trasposición al ordenamiento jurídico español. Cabe señalar, en este punto, que la Directiva relativa a la presunción de inocencia fue aprobada a pesar de no encontrarse contemplada en el Plan de Trabajo inicial ¹⁵, mientras que la regulación sobre asistencia jurídica gratuita, mucho más compleja, se desgajó de la relativa a la defensa letrada, contrariamente a lo previsto en el inicial plan de acción.

Las Directivas aprobadas hasta el momento son las siguientes:

1) Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

2) Directiva 2012/13/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

3) Directiva 2013/48 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho de asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consultares durante la privación de libertad.

4) 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.

5) Directiva (UE) 2016/800 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

6) Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

¹⁵ Se previó esta ampliación en el paquete de medidas presentado por la Comisión en 2013 para completar la hoja de ruta. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones: *Avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea- Fortalecer las bases de espacio europeo de justicia penal*, Bruselas, 27.11.2013, COM (2013) 820 final.

III. ASPECTOS COMUNES A LAS DIRECTIVAS SOBRE DERECHOS PROCESALES¹⁶

III.1 Naturaleza

Las Directivas sobre derechos procesales constituyen normas de mínimos, tal y como anuncia el propio art. 82.2 TFUE, que les sirve de base legal de desarrollo. Esto implica que los Estados siempre podrán elevar el nivel de protección previsto en la Directiva, actuando este como un límite indisponible a su actuación. Esta técnica de aproximación legislativa, a través de Directivas de mínimos, es instaurada a partir del Tratado de Lisboa como forma de potenciar la confianza mutua entre los Estados miembros y conseguir, de este modo, una mayor eficacia en el uso de los instrumentos de reconocimiento mutuo. En este sentido, se afirma que la aproximación legislativa a través de esta técnica de estándares mínimos sirve como contrapeso al principio de reconocimiento mutuo¹⁷.

Resulta muy relevante, a estos efectos, subrayar que todas las Directivas incorporan la denominada cláusula de no regresión¹⁸, según la cual ninguna de sus disposiciones se interpretará como una limitación o una excepción respecto de los derechos o garantías procesales reconocidos en la Carta, en el CEDH o en otras disposiciones aplicables de Derecho internacional o de la legislación nacional de cualquier Estado miembro, de tal forma que cuando estas garanticen un nivel de protección superior, la trasposición de la Directiva no podrá suponer un retroceso en la protección de los derechos. A pesar de ello, parte de la doctrina llama la atención sobre la errónea «*creencia, muchas veces común –especialmente para los gobiernos de los países más reticentes como son el sector británico y nórdico– que dicha normativa procesal penal y en especial relativa a la instauración de derechos procesales, constituye la porción de*

¹⁶ Estos aspectos comunes han sido analizados por ARANGÜENA FANEGO (2019 a): pp. 11-14; También por FAGGIANI (2015): pp. 403-429.

¹⁷ Véase, sobre esta idea, BARGIS, M., «La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive», *Rivista di Diritto Processuale*, vol.67, n.º 4, 2012, pp. 914-928.

¹⁸ Art. 8 de la Directiva 2010/64/UE sobre traducción e interpretación, art. 10 de la Directiva 2012/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales; art. 14 de la Directiva 2013/48 UE sobre asistencia letrada y comunicación con terceros; art. 13 de la Directiva (UE) 2016/343 sobre presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio; art. 23 de la Directiva sobre derechos de los menores sospechosos o acusados y art. 11 de la Directiva (UE) 2016/1919 sobre asistencia jurídica gratuita.

*meras normas o, de nuevos «estándares» comunes (...) justificativos de una estrategia de rebaja en el nivel de garantías proporcionado en sede nacional»*¹⁹.

Este tipo de normativa de mínimos resulta respetuosa con los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad, de tal forma que la intervención de la UE, en los ámbitos de competencia compartida, como es el caso de las normas sobre cooperación judicial, se limitará a los supuestos en que la actuación estatal resulte insuficiente para alcanzar los objetivos propuestos, y solo en la medida necesaria para tal fin, de tal forma que el contenido y forma de su acción no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados²⁰. Además, de esta forma se garantiza que la intervención legislativa de la Unión no suponga una armonización a la baja en el nivel de garantías, con el consiguiente retroceso en la conquista de derechos fundamentales a nivel nacional, conservando cada Estado el poder soberano de elevar el nivel de protección previsto en la normativa europea para sus asuntos internos²¹.

III.2 Ámbito subjetivo de aplicación

Los derechos reconocidos en las Directivas son de aplicación a los sospechosos o acusados en un proceso penal, independientemente de su nacionali-

¹⁹ JIMENO BULNES, M., «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 443-489, p. 450.

²⁰ El principio de subsidiariedad implica que la UE, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Por su parte, el principio de proporcionalidad supone que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 5 TUE y Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). Sobre estos principios, en la doctrina, véase LENAERTS, K.; MASELIS, I., GUTMAN, K.; NOWAK, J. T. (eds), *EU Procedural Law*, Oxford European Union Law Library, New York, 2014, pp. 108-110.

²¹ Ahora bien, a pesar de constituir un estándar de mínimos, hay que ser conscientes de que, en el ámbito del reconocimiento mutuo de resoluciones penales, la posición nacional que pretenda denegar el reconocimiento de un instrumento emitido por otro Estado miembro con base en el mayor nivel de garantías de su ordenamiento jurídico interno, está condenado a fracasar, como se puso de manifiesto en la conocida STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399-11. Tal y como sostiene DE HOYOS SANCHO, M., «El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea. En particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados», *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 41-65, p. 49, los Estados miembros no pueden exigir *ad extra* un nivel de protección superior en aquellos ámbitos en los que la Unión ya ha definido un mínimo para considerar respetado el derecho de que se trata, ya que, de lo contrario, se pondrían en peligro la eficacia del Derecho de la UE y la uniformidad en la aplicación de este. Una cierta matización de esa postura, que hace prevalecer el reconocimiento mutuo sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, puede verse en la STJUE de 5 de abril de 2016, en los asuntos acumulados Pál Aranyosi (C404/15) y Robert Căldăraru (C659/15 PPU), tomando como base para crear un motivo de denegación del reconocimiento el nivel de protección de la CDFUE.

dad o residencia en la UE o en terceros países. Y ello porque las garantías procesales previstas en la referida normativa europea emanan de las personas como centro de imputación de derechos derivados de la dignidad humana, y no de los ciudadanos en cuanto miembros de una comunidad política, o de los nacionales, como ocurre con los derechos políticos²².

En cuanto a la delimitación del alcance subjetivo de las Directivas, otra cuestión de interés pasaría por determinar si los derechos procesales reconocidos en las mismas son extensibles a las personas jurídicas, cuando estas ocupan la posición de sospechosas o acusadas en un proceso penal²³.

Como es bien sabido, en España, desde el año 2010, las personas jurídicas responden penalmente por los delitos cometidos por su cuenta y en su beneficio, por lo que adquieren la condición de parte pasiva del proceso penal cada vez que se les dirige una imputación formal. En ese sentido, a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se modificó la LECrim con el fin de establecer las disposiciones necesarias para hacer posible el enjuiciamiento de las personas jurídicas con ciertas garantías. Sin embargo, ninguna de las Directivas europeas incluye expresamente a las personas jurídicas en su ámbito subjetivo de aplicación ni establece especialidades en relación con las mismas.

Sólo la Directiva (UE) 2016/343 sobre presunción de inocencia realiza una alusión a las personas jurídicas, si bien para excluirlas de su ámbito de aplicación, señalando que, *[e]n el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas* (Considerando 14). En definitiva, la referida Directiva viene a indicar que sus disposiciones no se aplican a las personas jurídicas, sin perjuicio de que su derecho a la presunción de inocencia quede amparado por las garantías legales y jurisprudenciales existentes a nivel nacional y supranacional, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención a nivel de la Unión (Considerando 15).

En cualquier caso, a mi juicio, salvo la Directiva (UE) 2016/800 relativa a los derechos de los menores, que evidentemente no resulta extensible a las personas jurídicas, el resto serían potencialmente trasladables a las mismas, por su vinculación más o menos directa con derechos estructurales del proceso

²² ARANGÜENA FANEGO (2019 a): pp. 12 y 13.

²³ Sobre esta cuestión resulta imprescindible el trabajo de la profesora DE HOYOS SANCHO, M., «Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España», en AA. VV.: Arangüena Fanego.; De Hoyos Sanchos (dirs.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153-183.

penal, como son el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia²⁴. Y, si bien es cierto que, tratándose de normas de mínimos, siempre quedará a la apreciación nacional el reconocer a las personas jurídicas un estatuto procesal similar o asimilado al de las personas físicas, la inexistencia de un estándar mínimo de protección común a nivel europeo resulta preocupante, en tanto que puede dificultar el reconocimiento mutuo de ciertas resoluciones penales²⁵.

III.3 Ámbito objetivo de aplicación

Las Directivas sobre derechos procesales, como regla general, resultan de aplicación a todo proceso penal, desde el momento en que una persona conoce su condición de sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal²⁶ y hasta que la resolución que ponga fin al proceso adquiera firmeza.

No se extienden, por lo tanto, a la fase de ejecución de la pena, que queda generalmente excluida de su espacio aplicativo. Esta exclusión, que cobra pleno sentido en relación con ciertos derechos como el de presunción de inocencia, puede resultar discutible en relación con otras garantías, como la traducción e interpretación o la defensa letrada, ya que, en la ejecución de las penas, pueden plantearse, así mismo, cuestiones de relevancia jurídica, que demandan la extensión de ciertas garantías para el condenado. Así pues, esta necesidad de protección y de asesoramiento resulta evidente cuando se trata de impugnar decisiones de la Administración penitenciaria, de solicitar la libertad condicional de un penado o de iniciar un procedimiento de traslado entre prisiones de los distintos Estados miembros, entre otras actuaciones.

Además de los procesos penales en que se enjuicia la eventual responsabilidad de un individuo en relación con un hecho que reviste caracteres de delito, las Directivas son también generalmente aplicables a los procesos de ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega, normalmente desde

²⁴ Me permito realizar una remisión, en este punto, a la obra de mi autoría: NEIRA PENA, A., *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 131-172, en la que se contiene un estudio sobre el estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal.

²⁵ Tal y como observa DE HOYOS SANCHO (2018): p. 177, extrapolando las consecuencias del caso Melloni, España, que sí reconoce el derecho a la presunción de inocencia y a no declarar de las personas jurídicas, tratándose de una materia no armonizada, podrá aplicar *ad extra* su estándar de garantías nacional, más elevado, lo que podría afectar a la validez y eficacia del reconocimiento mutuo de resoluciones en la materia.

²⁶ Salvo en la Directiva sobre presunción de inocencia, que no se exige una previa comunicación formal de la condición de sospechoso (art. 1 y Considerando 12).

la detención del reclamado. De este ámbito hay que excluir, una vez más, la Directiva sobre presunción de inocencia, que no resulta de aplicación a los procedimientos de detención y entrega, debido a que en estos no se examina la culpabilidad o inocencia de la persona reclamada (art. 2 y Considerando 11).

Por otra parte, la aplicación de las Directivas sobre derechos procesales, dejando nuevamente al margen la relativa a la presunción de inocencia, se extiende a los procedimientos no penales de tipo sancionador, siempre que la sanción pueda ser objeto de recurso frente a un Tribunal de naturaleza penal, aunque las garantías, en este caso, se aplican sólo a la fase del proceso que se desarrolle ante este último Tribunal a raíz de dicho recurso o remisión.

III.4 Ámbito territorial de aplicación

En cuanto al ámbito territorial de aplicación de las Directivas, se advierte que, dentro de lo que se ha dado en llamar la «Europa a varias velocidades», existen asimetrías en el nivel de integración de los distintos Estados, que también tienen su reflejo en el ámbito de los derechos procesales de los sospechosos o acusados. En este sentido, debe señalarse que Dinamarca ha hecho uso de su derecho de *opt-out* en relación con todas las Directivas, por lo que no se encuentra vinculado por ninguna de ellas. Mientras que, por su parte, Reino Unido e Irlanda solo han hecho uso de su derecho de *opt-in* en relación con las dos primeras Directivas, relativas al derecho de traducción e interpretación y derecho de información en los procesos penales, de tal forma que las posteriores Directivas no les resultan de aplicación²⁷.

La situación de asimetría descrita se ha agudizado con el Brexit, y consiguiente salida del Reino Unido de la UE, que al provocar su desvinculación de la normativa europea conduce, por un lado, a la no exigibilidad por parte del resto de Estados de los estándares mínimos en cuanto a las garantías y derechos procesales y, por otro, a la imposibilidad de continuar operando con la lógica del reconocimiento mutuo entre el Reino Unido y el resto de Estados miembros.

Resulta muy interesante, en este punto, la STJUE de 19 de septiembre de 2018²⁸, según la cual «*la mera notificación por parte de un Estado miembro de su intención de retirarse de la Unión (...) no tiene como consecuencia que, en caso de emisión por ese Estado miembro de una orden de detención europea*

²⁷ Este derecho de *opt-in* se regula en los art. 3 y 4 del Protocolo núm. 21 sobre la posición de Reino Unido e Irlanda con respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (C 326/1, de 26 de octubre de 2012).

²⁸ Asunto C-327/18 PPU (ECLI: EU: C: 2018:733).

dirigida contra una persona, el Estado miembro de ejecución deba rehusar la ejecución de esa orden de detención europea o posponer su ejecución en espera de que se precise el régimen jurídico que será aplicable en el Estado miembro de emisión tras su retirada de la Unión». Así pues, de acuerdo con esta resolución del TJUE, «[e]n ausencia de razones serias y fundadas para creer que, tras la retirada de la Unión del Estado miembro de emisión, la persona que es objeto de dicha orden de detención europea correrá el riesgo de verse privada de los derechos reconocidos por la Carta y la Decisión Marco, el Estado miembro de ejecución no puede negarse a ejecutar esa misma orden de detención europea mientras el Estado miembro emisor siga formando parte de la Unión».

La cuestión prejudicial que dio lugar al referido pronunciamiento fue planteada por Irlanda, que se cuestionaba la obligatoriedad de cumplir con una euroorden proveniente del Reino Unido, cuya ejecución supondría que la persona reclamada cumpliría condena en el territorio de Reino Unido después de la salida de este último de la UE, por lo tanto, sin resultar ya exigible el contenido de la CDFUE ni, por supuesto, el resto de las garantías procesales previstas en las Directivas comentadas. La respuesta del TJUE deja patente que una vez que el Reino Unido ha dejado de formar parte de la UE, ya no existe obligación alguna de ejecutar las órdenes que este país emita y, además, incide en la obligación que incumbe a la autoridad judicial de ejecución, de examinar, tras una comprobación concreta y precisa del caso de autos, si existen razones serias y fundadas para creer que, tras la retirada de la Unión del Estado miembro de emisión, la persona que es objeto de esa orden de detención europea correrá un riesgo real de verse privada de sus derechos fundamentales.

A partir del 1 de enero de 2021, los procedimientos de cooperación judicial internacional penal entre España-UE y el Reino Unido se rigen por el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, de fecha 29 de diciembre de 2020 (*Diario Oficial de la UE*, n.º 444, de 31 de diciembre de 2020). Por su parte, la Audiencia Nacional, recientemente, determinó que la tramitación procesal a seguir con el Reino Unido es la regulada en la Ley de Extradición Pasiva 4/1985, de 21 de marzo (LEP), con las modificaciones y matizaciones que figuran en el Título VII de la Parte Tercera del referido Acuerdo de 29 de diciembre de 2020.

III.5 **Ámbito temporal de aplicación**

En lo que se refiere a la aplicación en el tiempo de la normativa europea, se hace preciso aludir al momento en que las garantías contenidas en las Directivas pueden ser invocadas ante los Tribunales nacionales. Desafortunadamente, resulta muy habitual que los Estados miembros transpongan las Directivas de forma tardía y, en ocasiones, también de modo incompleto o deficiente. Es por ello que resoluciones como las SSTJUE en el caso Pupino²⁹ y en el caso Adelener³⁰, que han desarrollado el principio de interpretación conforme, resultan esenciales a la hora de determinar el ámbito temporal de aplicación de la normativa europea.

Especialmente relevante, a estos efectos, resulta la doctrina sentada por el TJUE en el referido caso Adelener, que aplica el principio de interpretación conforme a las Directivas y, señaladamente, a las disposiciones de estas aptas para desplegar un efecto directo, por ser lo suficientemente claras, precisas e incondicionales. En esta resolución se concluye que, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, a una directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la norma europea, a interpretar su Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva en cuestión, con objeto de alcanzar los resultados que esta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de la norma europea.

En relación con el principio de interpretación conforme y el ámbito de aplicación temporal de las Directivas sobre derechos procesales, resulta muy interesante la STC (Pleno) 13/2017, de 30 de enero, en la cual se determina que una Directiva comunitaria no transpuesta dentro de plazo, en aplicación del llamado efecto útil del Derecho comunitario, así como por aplicación de la

²⁹ En esta resolución, el TJUE sostiene que los Tribunales nacionales, a la hora de interpretar aplicar el Derecho nacional, están obligados a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco (párrafo 42). Sin embargo, dicha obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad. Esto implica que tal obligación no puede tener por efecto determinar o agravar la responsabilidad penal de un sujeto, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, ni tampoco puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (Asunto María Pupino, C-105/03, de 16 de junio de 2005).

³⁰ Asunto Adelener y otros, C-212/04, de 4 de julio de 2006.

referida jurisprudencia del TJUE; de la doctrina del propio TC dictada en relación con la primacía del derecho comunitario en nuestro ordenamiento, así como por el propio contenido de la Directiva en cuestión (que, en este caso, era relativo al derecho de información en los procesos penales) es fuente de derechos procesales. En este sentido, el TC afirma que, con arreglo a su doctrina sobre la primacía del derecho comunitario, *«no cabe rechazar la posibilidad de que una directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario»* [FJ 6 c)].

IV. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LAS DIRECTIVAS SOBRE DERECHOS PROCESALES

IV.1 El estado de trasposición de las Directivas sobre derechos procesales

El estado de adaptación del ordenamiento jurídico español a las diversas Directivas es desigual, a pesar de que en relación con todas ellas ha expirado ya el plazo de trasposición. Además, resulta llamativo el hecho de que no todas ellas han sido objeto de igual atención por la doctrina y la jurisprudencia, siendo que, algunas de ellas, como por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/343 relativa a la presunción de inocencia, ha pasado prácticamente desapercibida, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico interno³¹.

³¹ Pueden verse, entre otras, las siguientes aportaciones doctrinales: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», *Diario La Ley*, núm. 8750, 27 de abril de 2016; GONZÁLEZ MONGE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 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», *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, núm. 39; VILLAMARÍN LÓPEZ, M.^a L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *InDret*, núm. 3, 2017, pp. 1-39; GARCÍA MOLINA, P., «La transposición de la Directiva (UE) 2016/343 en lo que respecta al reforzamiento en el proceso penal de determinados aspectos extraprocerales de la presunción de inocencia», *Diario La Ley*, núm. 9300, 16 de noviembre de 2018, pp. 1-13; GUERRERO PALOMARES, S., «Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la

Las tres primeras Directivas han sido objeto de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, aunque no sin cierto retraso y con ciertas carencias y deficiencias. También ha sido objeto de trasposición la última de las normas aprobadas, la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. Esta norma fue incorporada a nuestro ordenamiento en el año 2018, antes de que expirase el plazo previsto para su trasposición, seguramente por resultar sencilla su incorporación a nuestro ordenamiento, el cual ya consagraba la mayor parte de las previsiones de la referida norma europea.

No han sido traspuestas, sin embargo, 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, cuyo plazo de trasposición expiró el 1 de abril de 2018, ni la Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, a pesar de que el plazo de trasposición expiró el 11 de junio de 2019.

Resulta, por lo tanto, evidente, que, en un futuro próximo, la legislación española tendrá que seguir avanzando en la asunción de la normativa comunitaria, adaptando su ordenamiento jurídico nacional a los mandatos de las referidas Directivas. Además, será necesario realizar un especial esfuerzo en lo que se refiere a la formación de aquellos agentes encargados de su aplicación, señaladamente autoridades policiales, fiscales y judiciales, que son quienes, en último término, han de garantizar el respeto de los derechos consagrados en esta normativa de armonización. Como se analizará más adelante, en ocasiones, lo que falla no es tanto la base positiva como la aplicación que de ella realizan las autoridades encargadas de su implementación.

Por otra parte, en lo que se refiere a la adaptación legislativa, resulta criticable el hecho de que España, al igual que otros Estados miembros, en ocasiones, aborde la trasposición de las Directivas desde una óptica minimalista, tratando de cambiar lo menos posible, en lugar de aprovechar la oportunidad

presunción de inocencia a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del Parlamento europeo y del Consejo, 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», en AA. VV. Arangüena Fanego; De Hoyos Sancho (dirs.); Vidal Fernández (coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 143-175; Del mismo autor: *¿Es necesaria la trasposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?*, *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 164-183.

de la modificación legal, para realizar reformas más completas, rigurosas y sistemáticas³².

IV.2 Compromisos de trasposición pendientes

IV.2.1 INTRODUCCIÓN

Al margen de determinadas deficiencias que la trasposición de las Directiva ya incorporadas a nuestro ordenamiento puedan presentar³³, a día de hoy, de las seis Directivas aprobadas, quedan todavía dos pendientes de trasposición al ordenamiento jurídico español. Se trata de la Directiva (UE) 2016/343, 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, y de la Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

Además, actualmente no existe ninguna propuesta de modificación legislativa para adaptar nuestro ordenamiento a estas normas europeas. La pregunta que cabe plantearse, entonces, es si resulta necesaria una intervención legislativa para incorporar tales Directivas a nuestro ordenamiento jurídico o si, por el contrario, sería suficiente con la normativa actualmente vigente, combinada con una actividad judicial respetuosa con el principio de interpretación conforme de la legislación nacional, para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la finalidad y a la letra de las normas comunitarias.

A mi juicio, en relación con las dos Directivas pendientes de trasposición, la intervención legislativa es, sino estrictamente necesaria, muy conveniente. Si bien, como se verá en los siguientes epígrafes, muchas de las cuestiones precisadas de adaptación se refieren a concreciones de derechos ya

³² CAIANELLO, M., «Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamnetali, road map e l'impatto delle nuove direttive», *Diritto Penal Contemporaneo*, núm. 4, 2015, pp. 70-85, p. 78. Crítica compartida, así mismo, por Arangüena Fanego (2019 b): p. 34..

³³ Así, por ejemplo, a pesar de haber sido ya traspuesta la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, a día de hoy todavía no se ha creado un registro oficial de traductores e intérpretes, como el art. 5.2 de la referida Directiva encomienda a los Estados. Otras deficiencias en la transposición e implementación de esta Directiva pueden verse en ARANGÜENA FANEGO, C., «Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios europeos*, núm. 1, 2019 (b), pp. 5-40, pp. 9-13. En este sentido, véase también: CAMPANER MUÑOZ, J., «Problemas derivados de la transposición de la Directiva 2010/64/UE sobre traducción e interpretación», en AA.VV. Arangüena Fanego; De Hoyos Sancho (dirs.); Vidal Fernández (coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 87-103.

previstos en nuestro ordenamiento o a especificaciones que podrían venir de la mano de una interpretación judicial proactiva, no hay que olvidar que la justificación última de la aproximación legislativa en este ámbito es lograr un reconocimiento mutuo de resoluciones penales más eficaz (art. 82 TFUE). Y, precisamente, es el fortalecimiento de la confianza mutua, impulsado por la existencia de legislaciones armonizadas, lo que garantiza el mejor funcionamiento de los instrumentos de reconocimiento mutuo, sin que la interpretación judicial, necesariamente enfocada a la resolución de casos concretos y, por lo tanto, esencialmente mudable y casuística, resulte suficiente para fortalecer la confianza mutua entre los Estados miembros.

En definitiva, confiar en la interpretación judicial para adaptar el ordenamiento jurídico nacional a la normativa comunitaria, presenta un grave problema de base. Y es que la actividad jurisdiccional, por su propia naturaleza, no tiene el mismo potencial de generar confianza que las leyes, que además de resultar más accesibles para el público general, son, por definición, de naturaleza general y abstracta, y de obligada observancia para todos los poderes públicos, incluido, por supuesto, el Poder Judicial.

IV.2.2 DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO

La Directiva 2016/343/UE, 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, a pesar de que tenía que haber sido transpuesta antes del 1 de abril de 2018, no ha supuesto modificación legislativa alguna en el ordenamiento jurídico español.

En cuanto a la presunción de inocencia, a pesar de que España reconoce este derecho a nivel constitucional (art. 24.2 CE), se echa en falta una configuración legal del derecho, que detalle, como lo hace la Directiva, cuál es su ámbito temporal de aplicación (art. 2 Directiva 2016/343/UE), cuál es su contenido y sus implicaciones (arts. 3, 4 y 5 Directiva 2016/343/UE) o cómo incide en cuestiones tales como la distribución de las cargas probatorias en el proceso penal (art. 6 Directiva 2016/343/UE) y, especialmente, cómo se interrelaciona con el derecho al silencio del acusado (art. 7 Directiva 2016/343/UE). En este sentido, concuerdo con GUERRERO PALOMARES cuando afirma que ni en nuestra Constitución ni en nuestras leyes procesales existe una definición ni una construcción jurídico-positiva del contenido, contornos y atribu-

tos de la presunción de inocencia³⁴. Y es que, los escasos preceptos que aluden a este derecho, principio estructural del proceso penal, se limitan a enunciarla, sin detallar su contenido³⁵.

Por destacar simplemente algunos aspectos necesitados de revisión a la luz de la Directiva, cabe señalar los siguientes. Primeramente, la aplicación del derecho a la presunción de inocencia a lo largo de toda la causa, como *regla de tratamiento* (art. 2 Directiva 2016/343/UE), no se protege suficientemente en nuestro ordenamiento ni a nivel legal ni a nivel jurisprudencial³⁶. En segundo lugar, las disposiciones relativas a la denominada «dimensión extraprocesal» del derecho a la presunción de inocencia (arts. 4 y 5 Directiva 2016/343/UE), no encuentran reflejo ni en la LECrim ni en otras normas nacionales. En tercer lugar, la incorporación del principio *in dubio pro reo* como parte integrante del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 Directiva 2016/343/UE), choca con la doctrina vigente y reiterada del TS en la materia. Y, por último, el tratamiento del derecho al silencio, cuyo ejercicio, según la Directiva, no podrá utilizarse en contra del acusado (art. 7.5 Directiva 2016/343/UE), choca con la doctrina del TS de acuerdo con la cual, ante la existencia de indicios incriminatorios que demanden una explicación por parte del acusado, su silencio vale para cimentar o apuntalar tales indicios³⁷.

IV.2.3 DERECHOS DE LOS MENORES SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES

Por su parte, la Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, se enmarca en la medida E) del Plan de Trabajo de 2009, relativa a personas vulnerables, si bien se limita a esta categoría de sujetos vulnerables: los menores de edad.

³⁴ GUERRERO PALOMARES (2019): p. 166.

³⁵ Arts. 24.2 CE, 846 bis c) e) LECrim y 70.2 LOTJ.

³⁶ Por poner un ejemplo de vulneración de este derecho, que fue detectado en fase de apelación, cabe destacar un caso en que un menor es presentado ante el Juez que va a decidir sobre su situación cautelar esposado. Según el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 151/2000, de 12 de febrero, esta forma de proceder, sobre la cual ni el juez ni el Fiscal ni el letrado del menor llamaron la atención, sería incompatible con el trato digno que merece el menor, además de resultar contraria a la Directiva sobre presunción de inocencia (art. 5).

³⁷ Así, por ejemplo, la STS 298/2020, de 11 de junio, afirma que el silencio no siempre es neutro desde el punto de vista de la valorización probatoria y que puede ser un contraindicio poderoso cuando las pruebas de cargo reclaman una explicación que solo el acusado podría dar y que, sin embargo, se niega a proporcionar. Lo que el propio TS denomina el «test de la explicación».

La referida Directiva tampoco ha supuesto hasta la fecha modificación alguna de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), a pesar de que el plazo de transposición expiró el 11 de junio de 2019. Sin embargo, sí ha supuesto, una pequeña modificación del art. 50.2 LRM, en relación con los menores detenidos en virtud de una OEDE, respecto de los que el plazo de detención preventiva, en el que el menor detenido deberá ser puesto a disposición judicial, se reduce de las setenta y dos horas ordinarias previstas para los adultos a un plazo máximo de veinticuatro horas, cumpliendo así con el mandato comunitario de limitar al menor tiempo posible la privación de libertad de los sospechosos o acusados menores de edad (art. 10.1 Directiva 2016/800/UE).

La Directiva 2016/800/UE realiza una delimitación autónoma de su ámbito subjetivo de aplicación, que abarca a los menores de dieciocho años, independientemente de cuál sea la edad penal en las legislaciones nacionales (art. 2.5 y 3.1). Esto se completa con una presunción en favor de la minoría de edad, para el caso de que existan dudas acerca de este extremo (art. 3 *in fine* y Considerando 13)³⁸. Además, buena parte de las garantías se amplían al menor que, habiendo cometido el hecho siendo menor de edad, cumple los dieciocho años estando sujeto al proceso penal, sin llegar a alcanzar la edad de veintiún años (art. 2.3 y considerandos 11 y 12).

En cuanto a su ámbito objetivo de aplicación, hay que tener en cuenta que, como regla general, los derechos procesales recogidos en otras normas europeas, aplican no solo a los adultos, sino también a los menores, con lo que esta Directiva se limita a regular expresamente aquellos derechos o aspectos del proceso en relación con los cuales hay especialidades para los menores, ya por requerir estos de una especial protección, ya en vista de la finalidad, no

³⁸ De acuerdo con el art. 375 LECrim, para acreditar la edad del procesado, se recurrirá primordialmente a la prueba documental (concretamente, certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro). Subsidiariamente, para el caso de que no fuese posible acreditar documentalmente la edad o cuando se requiriese un cierto tiempo para lograr esa documentación, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento por los informes de los peritos nombrados por el juez, acerca de la edad del procesado, previo su examen físico. Por otra parte, el art. 520.4 LECrim señala que, tratándose de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, *tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad*. Una interpretación conjunta de estos preceptos, parece dar a entender que, en caso de duda, y mientras no conste fehacientemente la menor edad del investigado, será tratado como un adulto. A pesar de ello, la jurisprudencia del TS (entre otras, STS 842/2014, de 10 de diciembre), en caso de duda, aboga por presumir la minoría de edad, debiendo quedar acreditado plenamente que el sujeto supera la edad penal para proseguir la causa en su contra por el procedimiento penal para adultos. En cualquier caso, sin duda, una disposición legal expresa en tal sentido resultaría adecuada.

solo sancionadora, sino también educativa del proceso penal de menores³⁹. Igualmente, desde el punto de vista nacional, hay que tener en cuenta que la LECrim resulta de aplicación supletoria al proceso penal del menor regulado en la LORPM, y que la misma ha sido objeto de importantes modificaciones para adaptarla a las diferentes Directivas sobre garantías procesales, por lo que tales mejoras aplican ya en España a los menores infractores.

Los derechos que se reconocen en la Directiva 2016/800/UE son los siguientes: derecho a la información al menor, que se regula de forma exhaustiva, y se extiende también a los titulares de la patria potestad (arts. 4, 5, 17), derecho de asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita (art. 5, 17 y 18), derecho a evaluación individual (art. 7), derecho al reconocimiento médico (art. 8 y 17), derecho a la grabación audiovisual del interrogatorio policial (art. 9), garantías específicas de la privación de libertad (arts. 10 a 12 y 17), derecho a una tramitación rápida y diligente de los asuntos (arts. 13 y 17), derecho a estar presente y participar en el juicio (art. 16), derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad (arts. 15 y 17) y derecho a la protección de la vida privada (arts. 14 y 17).

El hecho de que la LORPM no contenga disposiciones derechamente contrarias a las contenidas en la Directiva 2016/800/UE podría hacer caer en la tentación de entender que la legislación vigente, interpretada por los jueces de conformidad con la legislación europea, sería suficiente para cumplir con el estándar de mínimos que impone la normativa europea. Sin embargo, y aunque en general cabe entender que la LORPM cumple con la mayor parte de las garantías que la Directiva reconoce a los menores investigados o acusados, el carácter detallado y exhaustivo con el que se regulan algunos de tales derechos, hace necesarios ciertos ajustes legales. Y es que, a pesar de que el principio de interpretación conforme que ha de guiar la actuación de los Tribunales puede servir como solución temporal y provisional en tanto la Directiva no se traspone, como se indicó *ut supra*, la actividad judicial, dada su propia naturaleza casuística y mutable, no es una vía idónea para generar la confianza que se busca con la aproximación legislativa a nivel de la Unión.

Así pues, para adaptar la legislación interna a esta normativa, habría que realizar, cuando menos, las siguientes modificaciones legales: fijación de los requisitos formales y temporales que deberán observarse para hacer efectivo el derecho de información de los menores y la determinación de quién será el

³⁹ PILLADO GONZÁLEZ, E., «Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor», *Revista General de Derecho europeo*, núm. 48, mayo de 2019, pp. 59-97, p. 69.

encargado de hacer efectivo tal derecho, concreción del derecho del menor a ser escuchado en cada etapa o fase procesal, definición de cómo y cuándo se realizará la evaluación individual, así como del modo en que se actualizará a lo largo del procedimiento, e introducción de un control periódico de oficio de las medidas cautelares que conlleven privación de libertad⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

1) La armonización de las legislaciones procesales penales de los Estados miembros de la Unión constituye un proceso largo y complejo, todavía inacabado, pero que, indudablemente, condicionará la agenda legislativa española en la materia en los años venideros, además de servir de guía vinculante a la interpretación judicial.

2) Los niveles de protección de los que parte nuestro ordenamiento jurídico en relación con ciertos derechos, tales como el de asistencia letrada, el de asistencia jurídica gratuita o el derecho a estar presente en juicio, en ocasiones resultan más exigentes que los previstos en la normativa europea. Por eso, especialmente ante la perspectiva de que próximamente se apruebe una nueva Ley procesal penal que sustituya a la decimonónica LECrim, resulta especialmente importante tener presentes los riesgos de regresión, para tratar de prevenirlos. En este sentido, a pesar de que todas las Directivas incluyen cláusulas de no regresión, se corre el riesgo de que el estándar mínimo de las Directivas se imponga en la futura regulación procesal penal española, provocándose una erosión o rebaja en el nivel de garantías nacional. En este sentido, el legislador ha de evitar importar miméticamente la normativa europea, sin adaptación ni análisis sistemático de su integración en el ordenamiento jurídico propio. Así, por ejemplo, introducir excepciones a la preceptividad de la asistencia letrada en los términos en los que lo hace la Directiva 2013/48/UE o regular expresamente la posibilidad de enjuiciar a las menores *in absentia*, como permite la Directiva 2016/800/UE, constituirían, a mi juicio, actuaciones legislativas inadmisibles desde la perspectiva de la prohibición de regresión.

3) Desde la perspectiva supranacional, cabe observar que, cuando las Directivas no son suficientemente precisas al configurar el marco jurídico procesal de aplicación de los derechos procesales, y se limitan, por el contrario, a

⁴⁰ JIMÉNEZ MARTÍN, J., «Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en el proceso penal: cuestiones derivadas de la directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo», en AA. VV.: Arangüena Fanego; De Hoyos Sancho (dirs.) Vidal Fernández (coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177-200.

recoger principios generales (ej. *in dubio pro reo*) o, incluso, cuestiones que no son netamente procesales (ej. dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia), los Estados tienden a no trasponer, por considerar que sus ordenamientos ya protegen suficientemente tales derechos y que, por lo tanto, no es necesaria una adaptación legislativa expresa⁴¹. Esto puede provocar que se generen (o se mantengan) diferencias en el nivel de implementación nacional de los distintos derechos procesales y, con ello, puede afectarse negativamente al objetivo último de la armonización en este ámbito, cual es el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros, como fundamento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

4) La no transposición de las Directivas puede tener su origen en otras causas. Así pues, desde la perspectiva nacional, existe el riesgo de confiar excesivamente en la intervención judicial como forma de acomodar el ordenamiento interno a la normativa europea, en lugar de realizar una modificación legislativa *ad hoc*. Si bien es cierto que los Tribunales tienen la obligación de interpretar la normativa interna de conformidad con la finalidad y la letra de las Directivas, no es menos cierto que la actividad judicial, por su propia naturaleza, es casuística y, por ende, mutable en vista de las circunstancias del caso, con lo que no tiene el mismo potencial de generar confianza que las leyes, de naturaleza general y abstracta, y de obligada observancia para todos los poderes públicos, incluido, evidentemente, el Poder Judicial. Es por eso que, precisamente, las Directivas aportan un plus en la generación de confianza, que ni la jurisprudencia nacional ni tampoco la supranacional –señaladamente, la que emana del TEDH y del TJUE– son capaces de promover.

5) Por último, cabe señalar que existen todavía ámbitos esenciales necesitados de armonización. Así pues, atendiendo al Plan de Trabajo del año 2009, tantas veces citado, restarían por aprobarse ciertas normas procesales para otros sujetos vulnerables (medida E) distintos de los menores, como podrían ser las personas de mayor edad, los incapaces o incapacitados o, en su caso, las víctimas de violencia de género. Igualmente, se echa en falta una regulación homogénea para la detención o prisión provisional (medida F), de la que se abusa sistemáticamente, especialmente cuando se trata de ciudadanos no nacionales, no residentes o sin arraigo en el Estado en que se desarrolla el proceso. Y, también, para seguir avanzando en la libre circulación de resoluciones judiciales, resultaría sin duda importante, legislar a escala de la Unión

⁴¹ A este riesgo se refiere Arangüena Fanego (2019 a): pp. 39-40, achacando la generalizada falta de transposición de la Directiva sobre presunción de inocencia al hecho de que esta recoge ciertos principios generales que, la mayor parte de los Estados Miembros, de un modo u otro, ya recogen y protegen en ordenamientos internos.

■ REFORMAS PENALES EN LA PENÍNSULA IBÉRICA: A «JANGADA DE PEDRA»?

en relación con las consecuencias de la vulneración de ciertos derechos fundamentales en la obtención de pruebas. En este sentido, una cierta armonización en el desarrollo de una teoría procesal sobre la prueba ilícita permitiría, seguramente, salvar muchos de los obstáculos que a, día de hoy, sigue enfrentando la cooperación judicial penal en la Unión Europea.

DA POSSÍVEL INVOCAÇÃO DA PRESUNÇÃO DA ORIGEM CRIMINOSA DO PATRIMÔNIO COMO MOTIVO DE NÃO RECONHECIMENTO DAS DECISÕES PORTUGUESAS DE PERDA ALARGADA

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

Doutorando em Direito na Universidade de Coimbra. Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT

I. INTRODUÇÃO

Com o progressivo desenvolvimento da criminalidade organizada, e considerando que os agentes nela inseridos têm como um de seus fins últimos a expansão de seus negócios e a potencialização dos lucros¹, observa-se que o reforço da máxima «o crime não pode compensar» tem orientado a política criminal neste âmbito, sendo que os ordenamentos jurídicos têm buscado ir além das penas privativas de liberdade, e reforçar seus respectivos sistemas de recuperação de ativos², tencionando atingir, assim, os eventuais arguidos, em seu patrimônio.

¹ Neste sentido dispõe a própria Diretiva 2014/42/UE, em seu Considerando 1.º.

² Conforme explica João Conde Correia, no atual cenário de acelerada transição da modernidade para a pós-modernidade, a proibição do confisco mostra-se uma realidade ultrapassada. Pelo contrário, surgem as mais variadas hipóteses de reação patrimonial à criminalidade, que enfatizam a mensagem de que «o crime não compensa». Para o autor, os fins das penas, sejam eles quais forem, só poderão ser alcançados se o condenado não puder usufruir dos proventos decorrentes da prática criminosa. Neste sentido, conferir: CORREIA, J. C. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012. Versão ebook. Não paginado. Capítulo I. Seção 5. Em sentido próximo, Vervaele sustenta que o fio condutor do enfrentamento de algumas modalidades criminosas, tais como o tráfico de drogas,

Em razão, porém, das constatadas dificuldades em aferir e comprovar o liame entre uma determinada vantagem ou produto e uma específica atividade criminosa, tem-se experimentado uma particular e expansiva tendência de adoção da chamada «perda alargada»³, na qual, em linhas gerais e abstraídas as particularidades de cada sistema, admite-se um *standard* probatório reduzido quanto à origem ilícita do patrimônio incongruente de um condenado por certos crimes, ou até mesmo, presume-se essa origem a partir de certos critérios e redistribui-se o ônus da prova, permitindo o confisco destes bens quando o Arguido não comprove sua licitude.

Ao nível europeu, a almejada harmonização nesta matéria culminou com a aprovação da Diretiva 2014/42/UE, que estabeleceu as regras mínimas a serem adotadas pelos Estados-Membros. Há que se destacar, porém, que em matéria de confisco, especialmente quando aplicado à criminalidade organizada e transnacional, a efetividade deste mecanismo faz-se depender muito de instrumentos eficazes de cooperação judiciária, dentre os quais, o imperioso reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e perda de bens, o qual se justifica justamente em razão da coordenação e celeridade que estas ações demandam⁴.

Contudo, conforme demonstraremos, as normativas até então vigentes nesta matéria não estavam oferecendo a esperada eficácia⁵, talvez em razão da resistência dos Estados-Membros em abandonar suas idiossincrasias em favor de um sistema comum, abrindo espaço para recusas de reconhecimento e execução das decisões de congelamento e perda de bens. Este parece-nos ser o caso do ordenamento jurídico Português, que apesar do declarado objetivo da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, optou por uma «transposição minimalista» da Diretiva⁶, não alterando substancialmente o regime previsto pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro⁷.

o crime organizado, a fraude e a corrupção, relega a desconsideração do importante papel realizado pelo confisco a um passado distante, ocupando agora, este instituto, uma posição de destaque no leque de opções procedimentais face a essa criminalidade. *Cfr.*: VERVAELE, J. A. E. Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, p. 39-56, jan./mar. 1998. p. 39.

³ CORREIA, J. C. *Da proibição...*, N. P. Capítulo II. Seção 4.

⁴ Neste sentido, uma vez mais dispõe a Diretiva 2014/42/EU, em seu Considerando 2.º, assim como o Regulamento (UE) 2018/1805, em seu Considerando 4.º

⁵ *Cfr.* com detalhes no Considerando 6.º do Regulamento (UE) 2018/1805.

⁶ Neste sentido: NUNES, D. A. R. Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes. In: FERREIRA, M. R. D. / CARDOSO, E. L. / CORREIA, J. C. (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2018. Versão ebook. Não paginado. Seção 4.

⁷ Em sentido próximo: DIAS, M. C. S. M. S. «Perda alargada» prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e «perda do valor de vantagem de atividade criminosa» prevista na Lei N.º 5/2002 (Artigos 7.º

Visando justamente remediar a situação no âmbito europeu, a recente aprovação do Regulamento (UE) 2018/1805 buscou dar um passo a mais rumo à uniformização desta matéria, impondo as regras segundo as quais um Estado-Membro deverá reconhecer e executar as decisões de perda e congelamento de bens. Contudo, ao contrário do sustentado pela ainda escassa doutrina sobre o regulamento, não nos parece tão evidente que esse vinculante instrumento normativo tenha suprimido de vez, os possíveis entraves ao reconhecimento mútuo das decisões.

Diante destas considerações, pretende-se com o presente trabalho, averiguar se a aqui sustentada não transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, nomeadamente quanto à não imposição de um dever de provar – ainda que em estandarte atenuado– a prévia atividade ilícita, para fins de permissibilidade da perda alargada, poderia levar, ao abrigo do Artigo 19.º, «h», do Regulamento (UE) 2018/1805, ao não reconhecimento e não execução, por parte de autoridades estrangeiras, das decisões proferidas em Portugal.

Para tanto, faremos inicialmente, um breve, mas necessário, estudo sobre a evolução dos mecanismos de confisco e dos fundamentos político-criminais comumente invocados pelos legisladores a nível nacional e supranacional, para sustentar a imperiosidade de sua modalidade «alargada». Subsequentemente, faremos uma análise exegética do instrumentos normativos referentes a este instituto, bem como dos mecanismos hodiernamente existentes para fins de reconhecimento mútuo das decisões, estudo este que se justifica, ao nosso ver, pela complexidade do quadro normativo nesta matéria⁸. Neste ponto específico, dedicaremos especial atenção ao motivo de recusa previsto pelo Artigo 19.º, «h», do Regulamento (UE) 2018/1805, o qual expressamente menciona, dentre outras possibilidades, uma possível violação a direito fundamental previsto pela Carta, dentre os quais, o direito a um processo equitativo.

Após uma análise do posicionamento do TEDH quanto à presunção de inocência e sua eventual aplicação ao procedimento da perda alargada, justificando ainda, o porquê de considerarmos não ter, o Regulamento (UE) 2018/1805, findado a possibilidade de não execução de uma decisão de perda baseada nas particularidades de cada sistema, sustentaremos, ao final do tra-

a 12.º). In: FERREIRA, M. R. D. / CARDOSO, E. L. / CORREIA, J. C. (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2018. Versão ebook. Não paginado. Capítulo III. Seção 3.

⁸ Essa complexidade é observada também em outros ordenamentos jurídicos. Na Espanha, por exemplo, a imprecisão e vaguidade das disposições referentes ao *decomiso*, faz com que alguns autores apontem, inclusive, problemas de violação do princípio da legalidade. Neste sentido, por todos: PLANCHADELL GARGALLO, A. / VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional. Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, p. 37-92, 2018. p. 49-54.

balho, não apenas a viabilidade, como até mesmo o acerto da invocação do Art. 19.º, «h», do Regulamento, como motivo de não execução das decisões portuguesas de perda alargada, quando a prévia atividade ilícita da qual supostamente decorre o património incongruente, tiver sido presumida e não efetivamente comprovada, ainda que em estandarte reduzido.

II. INSTRUMENTOS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: EVOLUÇÃO DA PERDA CLÁSSICA À PERDA ALARGADA

Conforme explica Pedro Caeiro, o instituto da perda –ou confisco– compreende um rol de medidas que impõem, em favor do Estado, o domínio sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais ou obrigacionais que sobre eles existiam, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fáticas sobre eles, tais como a posse⁹. O CP Português dispõe sobre as modalidades clássicas da perda, conforme se observa nos Artigos 109º, 110º e 111º, que preveem respectivamente a «perda dos instrumentos», «perda dos produtos e vantagens» e «perda dos instrumentos, produtos e vantagens de terceiros». Por sua vez, a chamada «perda alargada» é prevista pelo Art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que dispõe sobre as medidas de combate à criminalidade organizada.

A análise das origens destes procedimentos impõe, segundo Fernandez-Bertier, a diferenciação entre as modalidades de confisco *in personam* e *in rem*. Explica o autor que, no primeiro caso, depende-se, via de regra, da condenação prévia de um indivíduo, enquanto que neste último, parte-se da ficção de que a própria «coisa» é culpada por um ilícito, podendo assim, ser aplicada esta modalidade, ainda que fora de procedimentos criminais e sem qualquer consideração sobre a culpa do proprietário¹⁰.

A origem dos procedimentos *in personam* remonta à Roma Antiga, quando eram amplamente utilizados como uma forma de confisco do Estado, podendo ser aplicados, inclusive, contra familiares e herdeiros dos condenados¹¹. Eles constavam das *Lex Cornelia* e também dos chamados «Digestos de Justi-

⁹ CAEIRO, P. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos «ilícito»). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 454-501, jan./fev. 2013. p. 456.

¹⁰ FERNANDEZ-BERTIER, M. The history of confiscation laws: from the book of exodus to the war on white-collar crime. In: LIGETI, K. / SIMONATO, M. *Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2017. p. 53-76. p. 55.

¹¹ *Ibidem*, p. 56.

niano», influenciando, desta forma, as sentenças por todo o território europeu durante as Idades Média e Moderna¹². Cumpre destacar, inclusive, que o brocardo «o crime não compensa» seria decorrente de um destes digestos, qual seja, o de que «ninguém pode melhorar sua condição a partir de seu próprio erro» – *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*¹³⁻¹⁴. Já nos sistemas jurídicos de *Common Law*, estes procedimentos surgiram no período Anglo-Saxão, compreendido entre os Séculos VI e XI, mas consolidaram-se com os chamados *Acts of Attainder*, do Século XV, que eram uma espécie de «morte civil» do cidadão¹⁵, através da qual o condenado perdia todas as suas terras e propriedades para a Coroa¹⁶.

No que toca aos mecanismos *in rem*, conforme explica Fernandez-Bertier, diz-se que suas origens encontram-se nos períodos bíblicos, já que no Livro do Êxodo, era prevista a punição do boi que viesse a ferir seu dono¹⁷. O animal seria apedrejado e sua carne não poderia ser comida, mas o dono não sofreria qualquer sanção¹⁸. Posteriormente, na Inglaterra medieval dos Séculos XII e subsequentes, existia a possibilidade de perda dos *deodands*, que nada mais era do que o confisco dos objetos que acidentalmente causaram a morte de alguém¹⁹. Muito embora este instrumento tenha sido abolido no Século XIX, a origem das modernas formas de *non-conviction-based confisca-*

¹² HALLEVY, G. *The Right to Be Punished: Modern Doctrinal Sentencing*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 6.

¹³ Digesto 50.17.134.1. Conferir com detalhes em: ROMA. *Digestos de Justiniano*. s.d. Disponível em: <<https://i2i.org/wp-content/uploads/2010/09/Justinian-Digest1-2.pdf>>. Acesso em 03 de julho de 2020.

¹⁴ Neste sentido: FERNANDEZ-BERTIER, M. *Op. cit.*, p. 56-57.

¹⁵ Neste sentido: DOYLE, C. *Crime and Forfeiture*: In Short. Congressional Research Service, jan./2015. p. 1.

¹⁶ Neste sentido, com múltiplas citações: FERNANDEZ-BERTIER, M. *Op. cit.*, p. 57. Conferir também: HUGHES, W. J. / O'CONNELL JR., E. H. In Personam (Criminal) Forfeiture and Federal Drug Felonies: An Expansion of a Harsh English Tradition into a Modern Dilemma. *Pepperdine Law Review*, v. 11, n. 4, p. 613-634, 1984. p. 619.

¹⁷ Neste sentido: FERNANDEZ-BERTIER, M. *Op. cit.*, p. 59; United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. 785 St Nicholas Ave.* 983 F.2d 396. 1993. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/983/396/466820/>>. Acesso em 04 de julho de 2020; JOHNSON, B. T. Restoring Civility – The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Baby Steps Towards a More Civilized Civil Forfeiture System. *Indiana Law Review*, v. 35, n. 3, p. 1045-1084, 2003. p. 1047; VAN DER BERG, M. Proposing a Transactional Approach to Civil Forfeiture Reform. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, p. 867-926, 2015. p. 873; PIMENTEL, D. Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court. *Nevada Law Journal*, v. 13, p. 1-59, 2012. p. 8.

¹⁸ Cfr. com detalhes no Capítulo 21, Versículo 28, do Livro do Êxodo.

¹⁹ Uma análise pormenorizada destes procedimentos pode ser encontrada em: FINKELSTEIN, J. J. The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death, and the Western Notion of Sovereignty. *Temple Law Quarterly*, v. 46, n. 2, p. 169-290, 1973. p. 181 e ss. O conceito de *deodand* aqui utilizado é apresentado por Oliver Wendell Holmes Jr., em: HOLMES JR., O. W. *The Common Law*. The Project Gutenberg eBook. Versão atualizada de 2013. Versão ebook. Não Paginada. Lecture I. – Early Forms of Liability.

tion, tais como atualmente em voga nos ordenamentos de *Common Law*, encontra-se, segundo Fernandez-Bertier, nas *British Navigation Acts*, do Século XVII, que previam a perda dos navios cujos donos haviam incorrido em violações de caráter alfandegário e receiptuário. Estes procedimentos eram movidos contra a própria «coisa», justamente pela impossibilidade de persecução dos proprietários, que passavam grande parte do tempo no além-mar²⁰.

Com o advento dos ideais iluministas, os mecanismos de confisco foram sendo, aos poucos, abolidos, pauta esta que chegava a ser considerada tão urgente quanto a da abolição da pena de morte²¹. Dentre os principais argumentos que eram apresentados em face destes procedimentos, dizia-se que as penas deveriam atingir tão somente os condenados e não sua família e herdeiros, tal como ocorria inevitavelmente com a perda de bens²². No ordenamentos jurídicos de *Civil Law*, os sistemas de confisco geral foram sendo paulatinamente substituídos pelo confisco especial, que se restringia aos instrumentos e objetos do crime. Já na *Common Law*, eles foram abolidos, sendo admitidos novamente, tão somente no Século XX²³.

É justamente neste período, que os mecanismos de perda de bens voltam a ocupar uma posição de destaque, especialmente no que toca ao enfrentamento do contrabando e, posteriormente, da criminalidade organizada e do tráfico de drogas²⁴. No final do Século XIX e ao longo do Século XX, algumas formas de confisco especial foram sendo adotadas, especialmente para os casos de contrabando e para os instrumentos do crime. A partir dos anos 70, normativas dos Estados Unidos –*Organized Crime Control Act* e *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*–, da Itália –*Legge Rognani-La Torre*– e do Reino Unido –*Misuse of Drugs Act* e *Drug Trafficking Offences Act* – passaram a prever formas de confisco para a criminalidade organizada e para o

²⁰ FERNANDEZ-BERTIER, M. *Op. cit.*, p. 59-60. Em sentido semelhante, conferir: United States Court of Appeals, Eight Circuit. *Austin v. United States*. n. 92-6073. Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep509/usrep509602/usrep509602.pdf>>. Acesso em 04 de julho de 2020. p. 612; MAXEINER, J. R. Bane of American Forfeiture Law - Banished at Last? *Cornell Law Review*, v. 62, n. 4, p. 768-802, 1977. p. 774-775.

²¹ Neste sentido, explica Mark Pieth que os hodiernos discursos referentes à perda de bens geralmente abstraem do fato de que a abolição do confisco, no período iluminista, era uma bandeira no mínimo tão relevante quanto à da abolição da pena de morte. Conferir com detalhes em: PIETH, M. *Financing of Terrorism: Following the Money*. In: PIETH, M. (ed.). *Financing Terrorism*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 115-126. p. 117.

²² Neste sentido, conferir com detalhes em: MONTI, A. *Illegitimate appropriation or just punishment? The confiscation of property in ancient régime criminal law and doctrine*. *Bocconi Legal Studies*, Research Paper n.º 2049799, p. 1-16, 2012. p. 14-16.

²³ FERNANDEZ-BERTIER, M. *Op. cit.*, p. 57-58.

²⁴ *Ibidem*, p. 61.

tráfico de drogas, orientação esta que posteriormente se expandiu ao âmbito supranacional²⁵.

Com a observada eficiência destes mecanismos, houve uma tendência, entre os anos 90 e 2000, de expansão das formas de perda de bens, seja quanto à sua adoção para quaisquer espécies de crimes que viabilizassem a obtenção de lucro, seja pela utilização de formas alargadas de *conviction-based* e de *non-conviction based confiscation*. Ademais, a «guerra ao terror», iniciada com os atentados terroristas de 2001, deu ensejo a uma posterior mudança de paradigma nesta matéria, uma vez que o terrorismo não é, *per se*, um crime que gera ganhos patrimoniais. Assim, passou-se à preocupação não apenas com a origem do dinheiro, mas também com a sua destinação. Mais recentemente, em especial, após a grave crise de 2008, essa tendência expansionista fora também observada para a criminalidade econômica, almejando os chamados «criminosos do colarinho branco» e seus respectivos ganhos²⁶.

Diante destas considerações, vale ressaltar que é lugar comum na doutrina, jurisprudência e nos considerandos das normativas supranacionais nesta matéria, que a expansão dos mecanismos de confisco visa atender a imperativos político-criminais²⁷. Neste sentido, conforme sustenta Tiago Essado, nos ilícitos em que o móvel criminoso é a vantagem patrimonial, especialmente nos casos relacionados à criminalidade organizada, as medidas processuais de cunho pessoal tendem a ser ineficazes quando dissociadas de seus reflexos patrimoniais, de maneira com que o resultado útil do processo passaria, necessariamente, também pela recuperação de ativos²⁸.

Segundo Pedro Caeiro, uma vez que o crime seria, ao menos estruturalmente, uma compensação ao seu Autor, a pena configurar-se-ia como um contra-motivo ao ilícito e uma reafirmação dos valores subjacentes à norma violada. Através dela, a Lei buscaria impor barreiras ao seu cometimento, bem como anular as potenciais gratificações almejadas pelo seu sujeito ativo. Explica, porém, o autor, que a prática tem infirmado essas expectativas, em virtu-

²⁵ *Ibidem*, p. 62-65.

²⁶ *Ibidem*, p. 66-74.

²⁷ Exemplificativas, neste sentido, são as considerações de Solon Cícero Linhares, que sustenta que «a nova política criminal que pretende fazer frente à criminalidade reiditícia, deve se pautar, necessariamente, pelo confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, além, essencialmente, de buscar a perda daqueles bens que, apesar de estarem na posse do sujeito, não têm sua origem lícita por ele comprovada, vale dizer: um confisco, também, de bens presumíveis oriundos de atividades ilícitas.» (LINHARES, S. C. *Confisco alargado de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 62).

²⁸ ESSADO, T. C. Sequestro de bens, direitos e valores: a motivação das decisões judiciais na *Operação Lava Jato*. In: AMBOS, K. / ZILLI, M. / MENDES, P. S. (coord.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 201-222. p. 203-204.

de, principalmente, de três razões: I) a percepção, por parte do sujeito ativo, de um baixo risco de punição; II) a impossibilidade, em alguns casos, de anulação no infrator, do sentimento de satisfação pessoal para com o crime; III) o fato de a pena não anular, em algumas hipóteses, o sentimento de compensação material do ilícito, uma vez que ela seria considerada, muitas vezes, um mero custo para um potencial benefício econômico. E é justamente na tentativa de enfrentamento deste último aspecto, que os mecanismos de perda visariam atuar²⁹.

É por essa razão, inclusive, que esses instrumentos são defendidos como um necessário mecanismo em face da criminalidade organizada, no sentido de tentar desestruturar esses grupos, mediante a restrição de seu capital³⁰. Isso fica claro no Considerando 1.º da Diretiva 2014/42/UE, que não apenas prevê a necessidade de disposição, por parte das autoridades, de meios para a detecção, congelamento, administração e perda dos produtos do crime, mas também admite a possibilidade de alargamento destes mecanismos para quaisquer outros bens que resultem de atividades de origem criminosa. É neste escopo, pois, que se vislumbra a conveniência político-criminal da perda alargada.

Em linhas gerais, podemos considerar a perda alargada como a modalidade que viabiliza o confisco dos bens de um sujeito condenado, ainda que eles não estejam vinculados à prática delitiva que ensejou a condenação³¹. De maneira paralela, assim, à *non-conviction based confiscation*, à perda de bens de terceiros e à perda baseada no valor³²⁻³³, o confisco alargado surge como uma tentativa de remediar a alegada insuficiência dos mecanismos tradicionais de perda, nomeadamente no que tange às dificuldades de comprovação do vínculo entre o bem objeto do confisco e uma determinada atividade criminosa³⁴.

Cumprir destacar que a crescente adoção destes instrumentos ocorre em um contexto espaço-temporal que se caracteriza pelos seguintes elementos: I)

²⁹ CAEIRO, P. Sentido e função..., p. 461.

³⁰ SOUZA, C. M. / CARDOSO, L. E. D. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 233-271, jan./fev. 2016. p. 240.

³¹ SOUZA, C. M. / CARDOSO, L. E. D. *Op. cit.*, p. 234.

³² DIAS, M. C. S. M. S. *Op. cit.*, N. P., Capítulo III, Seção I.

³³ Uma análise pormenorizada da distinção entre as diversas modalidades de confisco acabaria por ultrapassar os limites do presente trabalho, que se restringe ao âmbito da perda alargada. Para uma distinção entre esta última e as modalidades de *non-conviction based confiscation*, cfr.: JUNQUEIRA, G. M. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco *non-conviction based* em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 765-798, mai./ago. 2020. p. 775-780.

³⁴ Neste sentido, por todos: CORREIA, J. C. *Da proibição de confisco...*, N. P., Capítulo II, Seção 4; SOUZA, C. M. / CARDOSO, L. E. D. *Op. cit.*, p. 239; BOUCHT, J. *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*. Oxford: Hart Publishing, 2017. p. 5.

evolução econômica e financeira das sociedades empresariais³⁵; II) globalização econômica e financeira, com elevado fluxo de pessoas e de capitais, inclusive com finalidades ilícitas³⁶; III) maior facilidade na aquisição e manutenção de ativos no estrangeiro³⁷; IV) espaços de integração –tais como o da União Europeia– onde a viabilidade de trânsito de pessoas e de capitais é ainda maior³⁸.

Por essas razões, e tendo-se em vista a já mencionada atuação majoritariamente transnacional das organizações criminosas³⁹⁻⁴⁰, constata-se que a efetividade dos instrumentos de confisco depende de meios eficazes de cooperação judiciária, que permitam uma atuação coordenada e rápida no congelamento e apreensão destes bens, para sua posterior perda. Como bem pontua João Conde Correia, «a justiça não pode ser a única entidade com fronteiras num mundo globalizado»⁴¹.

Assim sendo, no Espaço Europeu, para além da incorporação da perda alargada pelos ordenamentos jurídicos internos, passaram a ser desenvolvidos, com base na confiança mútua entre os Estados-Membros, mecanismos de reconhecimento e execução de decisões de congelamento e perda. Analisaremos, na sequência, os principais instrumentos normativos em matéria de confisco e de reconhecimento mútuo das decisões que o declaram.

³⁵ Neste sentido, explica Maria do Carmo Silva Dias que as modalidades de perda de bens devem atentar-se para a própria evolução das sociedades empresariais, especialmente a nível económico e financeiro, tendo sempre em vista as novas realidades e instrumentos que vão sendo criados, tais como a utilização de *offshores* e de empresas fantasmas. Conferir com detalhes em: DIAS, M. C. S. M. S. *Op. cit.*, N. P. Capítulo III, Seção 1

³⁶ Nesse sentido: CORREIA, J. C. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, p. 227-250, jan./jun. 2018. p. 228. Maria do Carmo Silva Dias destaca ainda, a velocidade com a qual estas transações podem ser executadas, dificultando qualquer espécie de controle. DIAS, M. C. S. M. S. *Op. cit.*, N. P. Capítulo III. Seção 1.

³⁷ Neste sentido, exemplificativo é o «Considerando 2» da Diretiva 2014/42/UE que expressamente destaca a possibilidade de que os ativos não estejam na localidade em que seus proprietários estejam sediados.

³⁸ Conforme explica Pedro Caeiro, a liberdade de circulação de bens e capitais é um dos pilares da integração europeia, exponenciando, porém, a possibilidade de que os bens relacionados à prática de crimes estejam em jurisdição diversa daquela em que é decidida a perda, sendo indiscutível, portanto, a necessidade de cooperação estreita nesta matéria, entre os países do bloco europeu. Cfr. em: CAEIRO, P. O confisco numa perspectiva de política criminal europeia. In: FERREIRA, M. R. D. / CARDOSO, E. L. / CORREIA, J. C. (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2018. Versão ebook. Não paginado. Capítulo I. Seção 3.

³⁹ SOUZA, C. M. / CARDOSO, L. E. D. *Op. cit.*, p. 234.

⁴⁰ Conforme explica Anabela Miranda Rodrigues, «o crime é um dos sintomas da emergência desta sociedade global», sendo a nova criminalidade, uma «expressão deste novo modelo de organização das sociedades contemporâneas», caracterizado pela ampla mobilidade de pessoas e de capitais. Cfr. com detalhes em: RODRIGUES, A. M. Criminalidade organizada – que política criminal? In: RODRIGUES, A. M. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 167-185. p. 170-171.

⁴¹ CORREIA, J. C. Cooperação judiciária..., p. 228.

III. NORMATIVAS EM MATÉRIA DE PERDA DE BENS E DE RECONHECIMENTO MÚTUO DE SUAS DECISÕES

Na linha da expressa preocupação do Conselho de Amsterdam para com a criminalidade organizada, iniciaram-se alguns esforços, a nível europeu, visando fortalecer os mecanismos de congelamento e perda de bens. Inicialmente, foram aprovadas a Ação Comum 98/699/JAI e a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, ambas contendo previsões relativas ao confisco de valores e ao auxílio mútuo entre os Estados, para as necessárias medidas de identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de bens. Estes provimentos, porém, conforme aponta Ersilia Calvanese, obtiveram escasso sucesso, impondo à União Europeia uma posterior reestruturação de seu sistema nesta matéria⁴².

Neste meio-tempo, fora aprovada em Portugal a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que para além de outras medidas de combate à criminalidade organizada, estabeleceu em seu Artigo 7.º, a perda alargada de bens, para os casos de condenação por um dos crimes do rol do Artigo 1.º. Os requisitos para a aplicação deste instituto, conforme explica João Conde Correia, seriam: I) a condenação do agente por um dos crimes do catálogo do Artigo 1.º; II) a existência de um patrimônio do Arguido; e III) que este patrimônio seja incongruente com os seus rendimentos lícitos. Segundo o autor, a partir destes três requisitos, poderia ser presumida a proveniência criminosa destes bens⁴³.

Há divergência doutrinária no que toca a um quarto requisito, qual seja, à eventual necessidade de prova –ainda que em *standard* reduzido, ou indiciário– da congeneridade entre a prévia atividade criminosa e a que ensejara a decisão de perda. Para Pedro Caeiro, essa comprovação teria que ser feita, primeiramente, em razão da própria hermenêutica do instituto, já que se não fosse necessária a prova da atividade criminosa, o legislador não a teria expressamente mencionado. A *ratio* da medida seria, portanto, a presunção de que o bem seria proveniente de atividade criminosa e não sua origem desconhecida⁴⁴. Ademais, uma vez que a legitimidade do instituto residiria justamente na

⁴² CALVANESE, E. L'esecuzione delle decisioni di confisca. In: KOSTORIS, R. E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 509-522. p. 510.

⁴³ CORREIA, J. C. *Da proibição...*, N. P., Capítulo II, Seções 4.1; 4.2.

⁴⁴ Explica o autor que o Tribunal não pode inferir a atividade criminosa com base tão somente na incongruência do patrimônio, uma vez que seria um fundamento circular –a desproporção prova a atividade, que por sua vez, explicaria a desproporção– além de tornar totalmente inútil a presunção sobre a origem ilícita, já que o único pressuposto concreto da medida seria a incongruência do patrimônio dos condenados por certos crimes. Conferir com detalhes em: CAEIRO, P. Sentido e função..., p. 496. Também sustentando a necessidade de congeneridade entre a prévia atividade criminosa e o ilícito pelo qual fora condenado o agente afetado pelo confisco: CUNHA, J. M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: AAVV. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 127-156. p. 131.

condenação por um crime de certa espécie, parece ser razoável, segundo o autor, a exigência de que a atividade criminosa da qual seriam provenientes os bens, seja do mesmo gênero que o crime pelo qual ele fora condenado ⁴⁵.

Por sua vez, João Conde Correia sustenta que tal entendimento importaria ao Ministério Público, uma *diabolica probatio*, pois seria «quase impossível», segundo o autor, demonstrar, ainda que em caráter probatório menos exigente, uma prévia atividade criminosa –ainda mais de um crime da mesma espécie–, quando sequer foram colhidos indícios suficientes de sua prática para uma condenação criminal ⁴⁶. Este ponto, de fato, parece-nos um dos mais controvertidos em matéria de confisco de bens, relacionando-se, ainda, diretamente com o objeto do presente trabalho.

De todo modo, a ilação da supracitada presunção poderá ser levada a cabo pelo Condenado, mediante: I) prova da origem lícita dos bens; II) prova de que estes bens integram seu patrimônio há mais de 5 (cinco) anos; ou a III) prova de que ele fora adquirido com vencimentos que integram seu patrimônio há mais de 5 (cinco) anos ⁴⁷.

No que toca ao âmbito europeu e à tentativa de superação da já mencionada ineficácia do quadro normativo até então vigente na matéria, foram aprovadas as Decisões-Quadro 2005/212/JAI –relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados ao crime– e 2006/783/JAI ⁴⁸ –relativa à aplicação do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Observa-se da literalidade do Art. 3.º da primeira normativa, que em matéria de perda alargada, foram previstas três hipóteses alternativas a serem implantadas pelos Estados-Membros ⁴⁹, gerando discrepâncias entre os concretos modelos adotados e problemas no reconhecimento e execução da decisão, uma vez que o Art. 8.º, n. 3, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI, incluía, dentre os possíveis motivos de recusa, a adoção, por parte do Estado de emissão, de um modelo diferente do adotado pelo Estado de execução. Este fator, como de pronto se observa, manteve abaixo do esperado o nível de eficácia do quadro normativo em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda ⁵⁰.

⁴⁵ CAEIRO, P. Sentido e função..., p. 496.

⁴⁶ CORREIA, J. C. *Da proibição...*, N. P., Capítulo II, Seção 4.4.

⁴⁷ Cfr. Art. 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

⁴⁸ A Decisão-Quadro 2006/783/JAI fora transposta ao ordenamento jurídico português pela Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

⁴⁹ Cfr. com detalhes, o Art. 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro de 2005: relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.

⁵⁰ Neste sentido: CALVANESE, E. *Op. cit.*, p. 510; DIAS, M. C. S. M. S. *Op. Cit.* N. P., Capítulo III, Seção 2; MAUGERI, A. M. La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un «work-in-progress». *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, p. 300-336, 2015. p. 301-302.

Diante deste contexto, buscou-se, mediante a Diretiva 2014/42/UE, uma unificação do conceito de perda alargada⁵¹, da qual esperavam-se também efeitos no reconhecimento mútuo das decisões que a decretassem. Primeiramente, modificando-se o regime até então vigente, o âmbito material da Diretiva fora restrito às infrações previstas pelo Artigo 3.º, ainda que os Estados-Membros pudessem, a seu juízo, ampliar este rol⁵². Os requisitos para a perda alargada, por sua vez, foram trazidos pelo Artigo 5.º, no qual é previsto o confisco total ou parcial dos bens pertencentes a pessoas condenadas por um crime que possa gerar um benefício econômico direto ou indireto, quando, com base nas circunstâncias do caso –inclusive a desproporção dos bens– o tribunal puder considerar que eles provenham de comportamento criminoso prévio.

Conforme explica Pedro Caeiro, por um lado, a Diretiva pode ser considerada mais ampla do que a legislação portuguesa, uma vez que permite o confisco mesmo nas hipóteses em que não haja desproporção patrimonial, a qual exerce o papel de mero indício da proveniência criminosa. Por outro lado, ela é mais restrita, no que toca à exigência de fundamentação em fatos concretos, não bastando uma simples presunção da proveniência ilícita⁵³.

A pretensa transposição desta Diretiva para o ordenamento jurídico português fora empreendida pela n.º Lei 30/2017, de 30 de maio. Conforme explica Duarte Nunes, o legislador de Portugal, ao levar a cabo esta função, poderia ter optado por uma entre quatro vias: I) a modificação do regime nacional existente, abandonado a presunção de ilicitude e passando a exigir a prova da proveniência ilícita; II) a manutenção do regime existente, de maneira específica para a criminalidade organizada, econômico-financeira e para o terrorismo, com a criação de outro regime específico para os crimes não constantes do Art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, consagrando nele, o regime previsto pela Diretiva; III) a manutenção do regime atual e ampliação do catálogo de crimes, complementando-o com uma outra forma de confisco daquele patrimônio que, apesar de congruente para com os ganhos lícitos do agente, tenham provável

⁵¹ Neste sentido, por todos: DIAS, M. C. S. M. S. *Op. Cit.*, N. P., Capítulo III, Seção 2; MAUGERI, Anna Maria. *Op. Cit.*, p. 315.

⁵² Conforme explica Pedro Caeiro, uma vez que a Diretiva tão somente prevê regras mínimas, os Estados poderão estender o regime ali previsto para outras infrações. Trata-se do fenômeno apontado pelo autor como «*spill-over*», ou seja, quando os Estados-Membros aplicam certas soluções impostas pela União Europeia a setores normativos os quais não se encontravam originalmente cobertos por elas. Conferir com detalhes em: CAEIRO, P. O confisco..., N. P., Capítulo I, Seção 4.3.

⁵³ CAEIRO, Pedro. O confisco..., N. P., Capítulo I, Seção 4.3.1.

proveniência de atividades criminosas; IV) uma transposição minimalista, com o mero aditamento do catálogo de crimes⁵⁴.

Abstraindo-se de um juízo de valor quanto a cada uma destas possibilidades, a doutrina majoritária entende ter, o legislador português, optado pela última alternativa⁵⁵, razão pela qual, inclusive, há posicionamentos no sentido de que não houvera, de fato, transposição da Diretiva, mas tão somente modificações formais de caráter sistemático, já que, substancialmente, o regime ainda é o mesmo da Lei n.º 5/2002⁵⁶.

Uma vez, porém, que ainda pendia de solução a questão do reconhecimento mútuo das decisões de perda⁵⁷, fora aprovado, em 2018, ao abrigo do Artigo 82.º do TFUE, o Regulamento (UE) 2018/1805, sendo ele, inclusive, o primeiro a ser adotado pela União Europeia em matéria penal⁵⁸. Com o declarado objetivo de facilitar o reconhecimento mútuo e a execução das decisões de apreensão e de perda de bens⁵⁹, a presente normativa estabeleceu regras a serem observadas pelos Estados-Membros nestes procedimentos, dentre as quais, no que tange aos objetivos do presente trabalho, as relativas à transmissão – Artigos 14.º a 17.º –, reconhecimento e execução das decisões de perda – Art. 18.º. É importante destacar, inclusive, que nos termos deste último artigo, bem como do Considerando 31, o reconhecimento e a execução de uma decisão de apreensão ou de perda não poderá ser recusada pelo Estado-Membro de Execução, por motivo outro que não os expressamente previstos no Regulamento, nomeadamente, em seu Art. 19.º⁶⁰.

Observa-se assim, que a normativa em análise, ao menos em tese, extinguiria a possibilidade de invocação das divergências existentes entre os mode-

⁵⁴ NUNES, D. A. R. Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes. In: FERREIRA, M. R. D. / CARDOSO, E. L. / CORREIA, J. C. (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2018. Versão ebook. Não Paginada. Capítulo IV. Seção 4.

⁵⁵ Neste sentido, por todos: NUNES, D. A. R. *Op. Cit.*, N. P., Capítulo IV, Seção 4.

⁵⁶ Neste sentido: DIAS, M. C. S. M. S. *Op. Cit.* N. P., Capítulo III, Seção 3.

⁵⁷ Nestes termos, cumpre destacar os Considerandos 7.º e 8.º da normativa em comento.

⁵⁸ Neste sentido: CAEIRO, P. O confisco..., N. P., Capítulo I, Seção 4.3.2.

⁵⁹ Neste sentido, conferir o Considerando 12.º do Regulamento (UE) 2018/1805, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018: relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda.

⁶⁰ Destacamos, dentre os motivos de recusa, o seguinte: «Artigo 19.º Motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de perda 1. A autoridade de execução só pode decidir não reconhecer ou executar uma decisão de perda se: [...] h) Em situações excepcionais, se houver motivos substanciais para crer, com base em elementos de prova objetivos e específicos, que a execução da decisão de perda iria, nas circunstâncias específicas do caso, implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante tal como estabelecido na Carta, em especial o direito a um recurso efetivo, o direito a um julgamento equitativo ou o direito de defesa».

los de perda alargada, como motivo de recusa ao reconhecimento e à execução de uma concreta decisão⁶¹. Parece-nos, porém, que apesar desta abolição, ainda há a possibilidade de invocação do Artigo 19.º, h, do Regulamento, que dispõe poder a Autoridade escolher não reconhecer ou executar a decisão quando houverem elementos de prova objetivos e específicos que demonstrem «que a execução da decisão de perda iria, nas circunstâncias específicas do caso, implicar uma violação manifesta de um direito fundamental», nos termos estabelecidos na Carta de Direitos Fundamentais, especialmente os direitos a um recurso efetivo, a um julgamento equitativo e o direito de defesa.

Conforme demonstraremos no tópico subsequente, a presunção de origem criminosa do patrimônio, nos termos em que está prevista no Artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não apenas levanta questionamentos no que toca a uma possível violação da presunção de inocência do afetado, como ainda poderá ser invocada para fins de recusa do reconhecimento e execução das decisões portuguesas de perda alargada, pelas razões que exporemos a seguir.

IV. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM MATÉRIA DE PERDA ALARGADA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Parece-nos incontestável que os mecanismos de confisco devem ser conduzidos com observância dos competentes direitos e garantias processuais⁶², não podendo eles serem buscados a todo custo⁶³, diante de seus já analisados efeitos gravíssimos, não apenas para o sujeito afetado, mas também para seus familiares e herdeiros. Ainda que o imperativo moral de que «ninguém deve beneficiar-se de um crime» deva ser observado, os direitos individuais dos afetados devem igualmente e de maneira efetiva, serem resguardados, sendo necessário, portanto, um equilíbrio nessa seara. Conforme sustenta Johan Bou-

⁶¹ É claro, porém, que apesar da harmonização operada pela Diretiva 2014/42/UE, essas divergências entre os sistemas de cada Estado-Membro ainda existem, sendo possível que, conforme bem destaca Pedro Caeiro, a aplicação do regulamento represente um «braço de ferro» entre a União Europeia e as instâncias nacionais, uma vez que a temática atinente ao confisco envolve muitas questões relacionadas a direitos fundamentais, a regras constitucionais relativas à ordem pública e aos direitos fundamentais e também à proteção de direitos humanos. Neste sentido, conferir: CAEIRO, P. O confisco..., N. P., Capítulo I, Seção 4.3.2.

⁶² Algumas destas salvaguardas são expressamente previstas pelo Artigo 8.º da Diretiva 2014/42/UE. Conferir também em: DIAS, M. C. S. M. S. *Op. Cit.*, N. P., Capítulo III, Seção 1. .

⁶³ PLANCHADELL GARGALLO, A. / VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Op. Cit.*, p. 83.

cht, em matéria de confisco, não pode ser aplicada, sem maiores limitações, a máxima de que «os fins justificam os meios»⁶⁴.

Dentre os direitos e garantias cuja aplicação dos mecanismos de confisco poderá, eventualmente, afetar, merece destaque, no que tange aos objetivos do presente trabalho, a presunção de inocência. Expressamente prevista no Art. 48.º, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e incluída no âmbito do direito a um processo equitativo, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ela constitui-se como a garantia de que todos serão considerados inocentes até que sua culpabilidade tenha sido comprovada. E é em termos semelhantes que ela também é consagrada pela Constituição Portuguesa, em seu Artigo 32.º.

Conforme bem explica Ferrajoli, se a jurisdição é a atividade necessária para que seja feita a prova de que determinado sujeito cometera um crime, enquanto essa comprovação não tiver sido alcançada mediante um regular juízo, o crime não poderá ser considerado cometido e nenhum agente poderá ser considerado culpado por estes fatos e muito menos submetido a qualquer pena⁶⁵. Erige-se, assim, esta garantia, ao estatuto de critério reitor do conteúdo e da estrutura processual penal, sendo verdadeira expressão do conjunto de direitos fundamentais do Arguido⁶⁶.

Questionamo-nos, assim, se não restaria afetada essa garantia, ao presumir-se um determinado bem como de origem criminosa, sem que tenha havido condenação –e muitas vezes, sequer Acusação– por esses supostos fatos pretéritos. Em outras palavras, presumir-se de origem ilícita um patrimônio tão somente por ser incongruente com os rendimentos lícitos do agente e por ter ele sido condenado por determinado crime posterior, não violaria a presunção de inocência?

Cumprе destacar, que o TEDH já fora chamado a se manifestar quanto à eventual violação, pelas modalidades alargadas de confisco, do Artigo 6.º, 2, da Convenção, considerando, porém, em algumas hipóteses, que não haveria violação a este dispositivo, uma vez que a perda alargada não poderia ser considerada uma sanção penal, sendo-lhe, portanto, inaplicável a presunção de inocência, nos termos previstos no artigo em análise⁶⁷.

⁶⁴ BOUCHT, J. *Op. Cit.*, p. 7-8.

⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari: Editori Laterza, 2004. p. 559.

⁶⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 880.

⁶⁷ Ainda que chegando em conclusões diversas às aqui almejadas, uma análise detalhada da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de perda alargada, inclusive no que tange à aplicação dos *Engel criteria*, pode ser encontrada em: RODRIGUES, H. R. O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, M. R. D. / CARDOSO, E. L. / CORREIA, J. C. (coord.). *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2018. Versão ebook. Não paginado. Capítulo II. Seções 1.2; 1.2.1

No caso *Phillips v. United Kingdom*, de 5 de julho de 2001, o Tribunal considerou que os pontos cruciais para a apreciação da questão seriam: I) se o confisco configurar-se-ia como uma nova sanção, nos termos do Art. 6.º, 2, da Convenção; e II) se, mesmo em caso de resposta negativa à primeira questão, ser-lhe-ia aplicável, em todo caso, a presunção de inocência. Para responder a primeira pergunta, o Tribunal aplicou os chamados *Engel criteria*, desenvolvidos no âmbito do caso *Engel and Others v. the Netherlands*, de 8 de junho de 1976. Estes critérios seriam: a) qual seria a classificação do procedimento no direito nacional? b) qual seria a natureza do seu procedimento? c) qual é a gravidade da sanção à qual o agente está sujeito? Através destas perguntas, chegou o Tribunal à conclusão de que o confisco não constituía uma nova *criminal charge*.

No que tange à segunda pergunta, considerou-se que, muito embora a presunção de inocência tenha efetiva aplicação nesses procedimentos, ela encerrar-se-ia com a prova da culpa do Acusado, não sendo aplicável, assim, na fase posterior à sentença, salvo se os fatos forem de tal natureza e gravidade a ponto de configurarem uma nova acusação. Salienta-se, porém, a existência de dissenso parcial dos Juízes Bratza e Vajic, os quais consideraram que a situação fática do caso Engel seria totalmente diferente da do caso Phillips, uma vez que os fatos presumidos naquela hipótese visavam tão somente à determinação do caráter geral dos Arguidos, enquanto no último, era, de fato, o ponto crucial da decisão, qual seja, a origem ilícita dos bens. Ademais, destacaram os Magistrados, que o caso Engel estaria já ultrapassado, uma vez que fora a primeira oportunidade à qual fora chamado o Tribunal a se manifestar sobre o Art. 6.º, 2, da Convenção, já o tendo feito outras vezes, posteriormente.

É fato, porém, que o Acórdão *Phillips v. United Kingdom* passou a ser invocado como precedente para alguns casos posteriores, tendo, suas considerações, sido aplicadas sem levar em conta que, já em 2001, havia posicionamentos no sentido da desatualização dos *Engel criteria*. É o que se observa, por exemplo, no caso *Van Offeren v. The Netherlands*, de 5 de julho de 2005, no qual se entendeu que, uma vez havendo condenação do afetado, e não havendo, no confisco, um juízo de culpa prévio ao julgamento, não seria aplicável o Art. 6.º, 2. Este posicionamento fundamentou, ainda, o entendimento amplamente majoritário da doutrina, no sentido de que não haveria violação da

presunção de inocência pelos procedimentos de confisco alargado, inclusive no previsto pelo Art. 7.º da Lei n.º 5/2002⁶⁸.

Aliás, no plano do ordenamento jurídico interno de Portugal, o TC também considerou constitucional o dispositivo supracitado, nos Acórdãos n.º 101/2015, da 1.ª Secção, 392/2015 e 476/2015, da 2.ª Secção, entendendo não haver violação da presunção de inocência na inversão do ónus probatório prevista pela Lei, já que a decretação do confisco, muito embora almeje a privação de um património, não imputaria ao Arguido, os crimes antecedentes e tampouco impor-lhe-ia uma sanção criminal. Ademais, sua decretação ocorreria após a condenação, não contrariando, em tese, a presunção de inocência, que não mais seria cabível⁶⁹.

Vale ressaltar porém, que o TEDH também já se manifestara em sentido contrário, qual seja, pela violação do Art. 6.º, 2, da Convenção, por determinado procedimento de confisco. No caso *Geerings v. The Netherlands*, de 01 de março de 2007, considerou, o Tribunal, que as circunstâncias fáticas eram diferentes das dos casos *Phillips* e *Van Offeren*, uma vez que teria ocorrido confisco de bens não apenas decorrentes de crimes pelos quais o Agente havia sido condenado, mas também dos quais ele havia sido absolvido. Na hipótese, o Tribunal considerou não existir prova da posse dos supostos bens de origem desconhecida, bem como ser inapropriado o uso do confisco para alcançar património advindo de fatos pelos quais o agente fora absolvido.

Ao nosso ver, também os fundamentos invocados pelas decisões do TC Português e pelo TEDH, nos casos *Phillips* e *Van Offeren*, são passíveis de considerações críticas. Observa-se que os pilares do entendimento adotado pelo Tribunal Europeu –que em linhas gerais, são próximos aos invocados pelo TC–, assentam-se nas ideias de que I) o confisco não se configuraria como uma sanção criminal e que II) a presunção de inocência encerrar-se-ia com a determinação da culpa do agente, na sentença.

Cumprе destacar inicialmente, que há, entre a aplicação dos *Engel criteria* em seu caso original e no caso *Phillips*, uma diferença que, a princípio

⁶⁸ Neste sentido, por todos: ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios penales y criminológicos*, v. XXXVI, p. 199-179, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5876266>>. Acesso em 12 de maio de 2020. p. 236; CORREIA, J. C. *Da proibição...*, N. P., Capítulo II, Seção 4.5.2; CAEIRO, P. Sentido e função..., p. 499. Também, ainda que brevemente: SIMÕES, É. D. / TRINDADE, J. L. Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A «actio in rem» na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, p. 1-8, mar. 2016. p. 6.

⁶⁹ Uma análise crítica destes Acórdãos pode ser encontrada em: VALENTE, M. M. G. Da perda de bens e de direitos no direito penal e processual penal em Portugal: as controvérsias de um regime em 'apuração'. In: TEIXEIRA, A. (coord.). *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 35-71. p. 59 e ss.

parece sútil, mas mostra-se fundamental na presente análise. Aquando de seu desenvolvimento inicial no caso *Engel and Others v. United Kingdom*, especialmente no que toca aos dois primeiros critérios por ele propostos, os mesmos foram aplicados questionando qual seria I) a classificação da *ofensa* no direito nacional e II) qual seria a natureza da *ofensa*. Por sua vez, no caso *Phillips v. United Kingdom*, conforme já apreciamos, são questionadas a classificação e a natureza do *procedimento*.

No que tange ao escopo das modalidades alargadas de confisco, parecemos assumir uma relevância muito grande, a mencionada divergência. Ora, ao questionarmos a classificação e a natureza dos procedimentos nos quais estes mecanismos podem ser aplicados, há incontestes discrepâncias, sendo que alguns ordenamentos os aplicam em procedimentos cíveis ou administrativos, enquanto outros, em procedimentos penais. Contudo, ao falarmos, por exemplo, que presumem-se de natureza *criminosa* determinados bens, a natureza e a classificação da *ofensa* do qual esse patrimônio advêm são claramente penais. Observa-se, assim, que os *Engel criteria* não foram rigorosamente aplicados na análise dos procedimentos de confisco, fator este, que, a depender do caso –e, principalmente, do ordenamento jurídico analisado– certamente influenciaria nas conclusões às quais chegaria o Tribunal. Em suma, queremos dizer que não há como afirmar, em caráter geral, que a presunção de inocência prevista no Art. 6.º, 2, da Convenção, não se aplica aos procedimentos de perda alargada, sem analisar as particularidades do sistema de confisco adotado por cada ordenamento jurídico.

No que toca ao entendimento de que a aplicação da presunção de inocência findar-se-ia com a determinação da culpa do agente afetado, não sendo invocável, assim, nos procedimentos de confisco, cumpre realizarmos algumas considerações. Ao analisarmos a hipótese de perda alargada do patrimônio incongruente de um sujeito condenado por determinado crime, devemos considerar a existência de dois núcleos de atividades ilícitas: 1) o crime pelo qual o Agente afetado efetivamente fora condenado, o qual é pré-requisito para a determinação do confisco; 2) uma suposta atividade criminosa prévia, da qual seria derivada o patrimônio incongruente a ser confiscado. Se por um lado, de fato, não há que se falar em presunção de inocência com relação ao primeiro núcleo, diante da consideração da culpa do Agente pelos fatos a ele imputados, com relação ao segundo núcleo, ela não pode ser afastada, já que jamais houvera qualquer condenação –e muitas vezes, sequer Acusação– pelas supostas atividades ilícitas prévias. Trata-se de uma situação análoga, ao nosso ver, da consideração, para fins de reincidência, dos antecedentes criminais do Arguido. Ainda que já haja condenação criminal pelos fatos presentes, não poderiam

ser considerados para agravamento da pena, os fatos pretéritos pelos quais ele jamais tenha sido condenado, valendo para eles, a presunção de inocência.

Ora, ainda que pareça ser cada vez menos contestável o fato de que o confisco não assume uma natureza de pena e tampouco de medida de segurança, não possuindo, também, sequer natureza análoga a estes institutos, não podemos abstrair de que, conforme explica Johan Boucht, a perda de bens enseja gravíssimas consequências no sujeito afetado e em sua família. Sendo assim, se sua natureza é, por um lado, controversa, a gravidade dos seus efeitos pode ser, muitas vezes, maior do que a de uma pena^{70, 71}.

Dito isso, ainda que não haja um juízo de culpa sobre os fatos pretéritos supostamente criminosos, dos quais decorrem o patrimônio incongruente, há a imposição de uma consequência gravíssima— qual seja, a perda dos bens —a qual depende de dois fatos de natureza criminal, sendo imperiosa, portanto, a aplicação da presunção de inocência, ainda que em caráter diferido para a atividade prévia. Parece-nos, inclusive, até mesmo contraditório invocar como fundamento político-criminal da perda alargada, a necessidade de reforço do brocardo «o crime não compensa», mas refutar a aplicação das garantias processuais penais, afirmando uma suposta inexistência de juízo de censura e de culpa.

Por todo o exposto, consideramos, em suma, que no que tange à jurisprudência do TEDH e sua invocação para fins de afastar a aplicação da presunção de inocência nos casos de perda alargada, não podemos abstrair das discrepâncias entre os ordenamentos jurídicos no que toca a esta matéria, sendo imperiosa, portanto, uma análise de cada concreto sistema de perda alargada, não sendo possível afastar *in toctum* a aplicação do Art. 6.º, 2, da Convenção. Também não nos parece acertada a fundamentação, em caráter genérico, de que a presunção de inocência findar-se-ia com a decretação da condenação, uma vez que, nesta matéria, outros supostos fatos ilícitos, dos quais não houvera condenação, têm diretas implicações no caso presente, devendo para aqueles, portanto, ainda ser aplicada essa garantia.

⁷⁰ Segundo o autor, se por um lado, a máxima de que «é melhor absolver dez pessoas culpadas do que condenar um inocente» acaba por restringir-se, talvez, ao âmbito da determinação da culpa, não sendo aqui aplicável, por outro, não podemos desconsiderar as potenciais consequências do confisco, especialmente dos eventualmente levados a cabo de maneira errônea. Quando um bem legítimo é confiscado, o direito de propriedade é violado. Além disso, há potenciais efeitos estigmatizantes, dificultando, ainda, a ressocialização do agente afetado e podendo gerar problemas familiares, de saúde e até mesmo, levar ao suicídio. Desta feita, devem ser consideradas as necessárias garantias para redução dos riscos de erros, bem como de garantir a razoabilidade das ordens de confisco. Conferir com detalhes em: BOUCHT, J. *Op. Cit.*, p. 8-9.

⁷¹ Em sentido próximo: TEIXEIRA, A. Apresentação. In: TEIXEIRA, A. (coord.). *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 9-15. p. 9.

V. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO ATRAVÉS DA PRESUNÇÃO DA ILICITUDE DA ORIGEM DO BEM

Conforme já expusemos no segundo tópico do presente trabalho, Portugal não transpusera de maneira integral o modelo previsto pela Diretiva 2014/42/UE, se limitando a um aditamento do catálogo de crimes até então vigente, para atender aos patamares mínimos previstos por aquela normativa. Continua em vigência, desta forma, o modelo de perda alargada previsto pelo Art. 7.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que expressamente prevê uma presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente do agente condenado por determinados crimes, redistribuindo o ônus da prova e atribuindo a este último, a tarefa de comprovar que o bem em questão, teria proveniência lícita.

Ora, ainda que aqui se trate de uma presunção relativa, a qual admitiria a supramencionada prova em contrário, não nos parece ser acertada, na seara de um processo penal, uma presunção contrária ao Arguido e tampouco uma inversão legal do ônus da prova⁷². Uma vez sendo, conforme já analisado, a presunção de inocência, o princípio orientador do direito processual penal e da própria estrutura deste procedimento, não poderia ela ser afastada por qualquer regra processual, sendo assim, inadmissível uma presunção favorável à Acusação e em desfavor do Arguido^{73, 74}. Aliás, conforme muito bem aponta Gustavo Badaró, parece-nos muita cômoda a posição do Estado, quando, ciente da ineficiência da atividade investigativa no caso concreto, transfere ao Acusado as consequências desfavoráveis de suas incertezas, impondo-lhe o ônus de afastar a presunção⁷⁵.

Ao nosso ver, essa vedação aplica-se também no plano das consequências não penais da sanção, uma vez que a presunção de inocência teria cabimento também na fase de imposição e dosimetria da pena, não sendo adequada

⁷² Em sentido próximo: BADARÓ, G. H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 350; 362.

⁷³ *Ibidem*, p. 350.

⁷⁴ Sobre esse específico ponto da normativa em análise, sustenta Manuel Monteiro Guedes Valente que «se agregarmos a presunção da origem ilícita à demonstração da licitude da origem do bem, não podemos afirmar que não estamos a violar o princípio da presunção de inocência em favor de uma presunção de ilicitude da proveniência do bem assente numa presunção de ilicitude do facto germinador da *pecunia*, base da aquisição do bem, e numa presunção de culpa da sua conducta. Esta assunção legal viola o princípio da presunção de inocência desde logo porque o legislador após-lhe o carimbo de criminoso através de uma presunção ilícita do patrimônio incongruente» (VALENTE, M. M. G. *Op. Cit.*, p. 61).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 345.

uma inversão do ônus quanto aos seus efeitos secundários, ainda que de cariz reparatório⁷⁶.

Cumpre salientar que o TEDH, no julgamento do caso *Salabiaku v. France*, de 7 de outubro de 1988, reconheceu a existência de presunções de fato e de direito, desde que elas cumpram dois requisitos, quais sejam: I) que não operem automaticamente, devendo poder o Tribunal, no caso concreto, decidir sobre sua aplicação; II) e que admitam prova em contrário por parte da defesa⁷⁷.

Parece-nos, assim, que a presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente do sujeito afetado, nos termos previstos no Art. 7.º da Lei n.º 5/2002, viola a presunção de inocência do Arguido, no que tange às atividades prévias supostamente ilícitas, das quais decorreram os bens a serem perdidos. Ainda que o liame formal do patrimônio incongruente seja para com um crime pelo qual o Agente fora condenado (sendo, portanto, culpado), seu liame material, isto é, sua concreta derivação, advém de um fato também de natureza criminal, o qual não poderia ser presumido, mas sim, comprovado –ainda que em estandarte reduzido–, pois até que assim o seja, o Agente deverá ser considerado inocente por aqueles fatos.

A mera incongruência do patrimônio, acrescida da posterior condenação por determinado crime, não pode ser suficiente para ensejar uma presunção da origem ilícita, principalmente nos casos em que não há sequer indícios de uma prévia atividade criminosa⁷⁸. O próprio TEDH, no já mencionado caso *Geerings v. The Netherlands*, considerou que se não há elementos suficientes para considerar, *beyond a reasonable doubt*, que a pessoa afetada efetivamente cometera o crime, e tampouco de que houvera aquisição patrimonial dele deco-

⁷⁶ Para Gustavo Badaró, a presunção de inocência aplica-se não apenas no caso de dúvidas quanto aos elementos do delito, mas também quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenham natureza de reparação civil do dano. Admite, contudo, o autor, que trata-se de questão civil, sendo que a presunção de inocência, no caso, não seria inafastável, caso este fosse o entendimento do legislador. Conferir com detalhes em: BADARÓ, G. H. R. I. Op. Cit., p. 368-369.

⁷⁷ Uma análise pormenorizada deste caso e de suas implicações no plano dos procedimentos de confisco podem ser encontrada em: CARRILLO DEL TESO, A. E. La Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE: decomiso ampliado y presunción de inocencia. *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico 1-2017, p. 20-32, 2017. p. 26-27; JORGE, G. El decomiso del producto del delito. In: JORGE, G. (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008. p. 67-106. p. 83.

⁷⁸ Destacando a controvérsia no que tange à eventual incompatibilidade de tais presunções para com as garantias jurídico-penais, especialmente nos casos dissociados de uma criminalidade organizada ou profissional: MAUGERI, A. M. Op. Cit., p. 318.

rente, qualquer medida de confisco deste patrimônio será baseada em uma *presunção de culpa*, a qual dificilmente poderia ser considerada compatível com o Art. 6.º, 2, da Convenção.

Ora, parece-nos haver aqui, uma tentativa de «fazer entrar pela janela, aquilo que não pudera passar na porta»⁷⁹, ou seja, uma tentativa de circunvenção da declaração da inconstitucionalidade da criminalização do enriquecimento injustificado⁸⁰. Ainda que não haja um juízo de culpa na declaração do confisco alargado, há a imposição de gravíssimas consequências patrimoniais –muitas vezes, mais graves do que uma pena– por fatos muito semelhantes àqueles que se pretendia que fossem abrangidos pelo tipo considerado inconstitucional.

Essas considerações possuem potenciais implicações no que toca ao reconhecimento mútuo das decisões de perda alargada a serem proferidas por autoridades portuguesas. Pelas razões já aqui expostas, especialmente quanto à necessidade de apreciação concreta das particularidades de cada sistema de confisco, para aferir se ele afrontaria, ou não, a garantia da presunção de inocência, não acreditamos ser possível afirmar, de pronto e tão somente com base na jurisprudência do TEDH, a conformidade do sistema português para com o Art. 6.º, 2, da Convenção. Em outras palavras, o posicionamento do Tribunal quanto ao sistema Português de perda alargada não poderá ser presumido com base em suas prévias decisões, mas demandarão, ao nosso ver, que aquele seja efetivamente provocado a se manifestar a respeito.

Ora, e uma vez que o sistema previsto pelo Art. 7.º da Lei n.º 5/2002 afronta, ao nosso ver, a presunção de inocência, expressamente prevista no Art. 6.º, 2, da Convenção, e Art. 48.º, 1, da CDFUE, existe a concreta possibilidade –e, no nosso entendimento, acertada– de invocação, por um Tribunal estrangeiro, do motivo de recusa previsto no Artigo 19.º, h, do Regulamento (UE) 2018/1805, podendo, a Autoridade, deixar de reconhecer e executar as decisões portuguesas de perda alargada, quando não comprovada a origem ilícita do patrimônio incongruente, por violação à presunção de inocência e ao direito a um processo equitativo.

⁷⁹ Ainda que em contexto bastante diverso, essa expressão é empregada por Cláudia Cruz Santos ao analisar a possibilidade de oitiva, como testemunha, de alguém cujo reconhecimento pessoal não cumpri- ra os requisitos legais. Conferir com detalhes em: SANTOS, C. C. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 78.

⁸⁰ O Decreto n.º 37/XII, de 10 de fevereiro de 2012, referente ao «enriquecimento ilícito», propunha adição ao Código Penal, do Artigo 335º-A e modificação do Art. 386º, além da adição do Art. 27º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho. O TC, no Acórdão n.º 179/2012, declarou a inconstitucionalidade das normas constantes dos Art. 1.º, 1 e 2, e 2.º deste Decreto, considerando não apenas não ser identificável um bem jurídico a ser tutelado, mas também haver clara violação à presunção de inocência.

VI. CONCLUSÕES

Conforme restou demonstrado ao longo do presente trabalho, a adoção dos mecanismos de confisco oscilou, ao longo da história, entre períodos de ampla utilização –tal como na Idade Média– e de vedação absoluta –baseada nos ideais iluministas–, voltando eles a ser empregados, a partir dos anos 70, do Séc. XX, como um importante instrumento de desarticulação de organizações criminosas, mediante a restrição de seus capitais, bem como de desincentivo de condutas ilícitas, através da eliminação de sua compensação material. Diante, porém, da constatada dificuldade de comprovação do liame entre determinado patrimônio incongruente e uma específica atividade criminosa, as modalidades alargadas de confisco vêm experimentando uma incontestável expansão, almejando atender, assim, às finalidades político-criminais de maior efetividade no enfrentamento das organizações criminosas e dos ilícitos econômico-financeiros.

Observamos, contudo, que em razão do caráter eminentemente transnacional destas modalidades de crimes, fator este potencializado pelo contexto hodierno de globalização e de integração de mercados, a eficiência dos procedimentos de apreensão e perda de bens tornou-se dependente da existência de eficazes mecanismos de cooperação judiciária internacional, dentre os quais destacamos, no Espaço Europeu, o reconhecimento mútuo e execução das decisões de confisco entre os Estados-Membros. Da análise do complexo quadro normativo nesta matéria e de sua evolução, restaram evidenciadas, porém, as dificuldades em alcançar o almejado patamar de eficácia, óbices estes que esperava-se que fossem suprimidos pela aprovação da Diretiva 2014/42/UE e do Regulamento (UE) 2018/1805, especialmente em razão da tentativa de unificação do conceito de perda alargada e pela supressão do motivo de recusa consubstanciado na divergência entre os concretos modelos adotados pelos Estados-Membros de emissão e de execução.

Contudo, pelas razões que expusemos no terceiro e no quarto tópicos, não nos parece poder ser afastada a possibilidade de invocação do motivo de recusa previsto pelo Art. 19.º, h, do Regulamento, em face de decisões de perda alargada eventualmente proferidas por Tribunais portugueses. Isso porque, a presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente, da forma como é prevista pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, afronta, ao nosso ver, a presunção de inocência, expressamente consagrada pelos Art. 48.º, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Art. 6.º, 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Conforme demonstramos no terceiro tópico, os precedentes do TEDH nesta matéria, não podem ser invocados como garantia de conformidade do sistema português de perda alargada para com a presunção de inocência, uma vez que tal apreciação impõe uma análise de cada ordenamento jurídico em particular, a fim de constatar se o confisco alargado, na forma em que está disposto neste ordenamento, configuraria uma sanção por uma nova acusação, pela qual não houvera condenação. Ademais, não merece prosperar o entendimento de que, uma vez já existente uma condenação, a presunção de inocência não mais seria aplicável nos procedimentos de confisco. Conforme demonstramos, ainda que haja condenação pelo crime pressuposto para a aplicação da medida, a origem ilícita do patrimônio incongruente é presumida de uma prévia atividade criminosa pela qual jamais houvera condenação.

Diante do exposto, apesar de reconhecermos a importância do estabelecimento de medidas efetivas para a superação das dificuldades inerentes ao enfrentamento da criminalidade organizada e transnacional, sustentamos que o alcance destes objetivos mediante o desatendimento de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos afetados poderá ser despropositado, uma vez que abrirá margem, nesta matéria, para o não reconhecimento e conseqüente não execução, por Tribunais estrangeiros, das decisões portuguesas de perda alargada. Sendo assim, parece-nos crucial a continuidade das discussões doutrinárias a respeito do modelo português, almejando um adequado ponto de concordância prática entre as finalidades político-criminais de prevenção delitiva e recuperação de ativos, por um lado, e a menor restrição possível de direitos fundamentais do Arguido, por outro, especialmente no que toca à sua presunção de inocência, que deverá ser sempre observada.

SEDICIÓN

ADIÓS AL DELITO DE SEDICIÓN

MANUEL CANCIO MELIÁ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Dra. von Zahnd: «[...] Möbius] intentó callar lo que no se podía callar. Pues lo que se le había revelado no es un secreto. Porque se puede pensar. Todo lo que se puede pensar acaba pensándose. Ahora o en el futuro.»

Möbius: «Lo que se ha pensado alguna vez no puede retirarse.»*

I. INTRODUCCIÓN. UN PASADO MUERTO QUE RESUCITA MUTADO: LA SENTENCIA DEL *PROCÉS* COMO SÍNTOMA

1. El presente texto** trata de un problema presente en la legislación penal española, a pesar de haber sido ya resuelto hace tiempo por la doctrina científica especializada. No pretende desarrollar una tesis nueva, sólo recordar lo que ya se ha argumentado, presentando así un síntoma de la desidia de un legislador que *dispara* tan rápido y de modo tan irreflexivo en tantas otras oca-

* FRIEDRICH DÜRRENMATT, *Die Physiker. Eine Komödie in zwei Akten* (estreno 1962), *Neufassung 1980* (ed. Diogenes, *Werkausgabe in dreissig Bänden*, 1980, t. 7, pp. 82, 85).

** Que se corresponde, con alguna ampliación menor y alguna referencia bibliográfica muy limitada, con el contenido de la conferencia presentada por el autor en la Universidad de Cádiz con ocasión de la reunión de las secciones ibéricas de la AIDP, el día 16 de julio de 2020. Agradezco muy sinceramente las importantes aportaciones que me hicieron quienes participaron en la discusión posterior, y a los organizadores de las jornadas, la oportunidad de vivir en aquellos días de Cádiz un luminoso *intermezzo* académico en medio de la oscuridad de la pandemia.

siones¹, pero no tuvo tiempo u oportunidad de eliminar un artefacto explosivo olvidado en nuestro Código que, proveniente de nuestro convulso y violentísimo siglo XIX y de la dictadura nacional-católica del s. XX, ha estallado en el contexto del conflicto político catalán que alcanzó su punto álgido a partir de septiembre de 2017. Como es sabido, el Tribunal Supremo condenó en su STS 459/2019² a largas penas de prisión a los líderes secesionistas catalanes, aparentemente, como era el planteamiento de las acusaciones que sostenían que hubo rebelión, no por hechos concretos relacionados con algún suceso puntual, sino por el conjunto de la espiral de huidas hacia delante del *establishment* político nacionalista catalán que se ha llamado *procés*. Fueron las únicas personas condenadas, en todo caso, por hechos en los que intervinieron decenas de miles de ciudadanos.

Teniendo en cuenta que la acusación formulada, tanto por la fiscalía, como por la acusación «popular», ejercida por un partido político de extrema derecha –y asumida en la práctica de la instrucción, condicionada por la posibilidad de suspender automática y cautelarmente en sus funciones a quienes representaban la soberanía popular con ayuda del siniestro art. 384 bis LECrim, con su terminología franquista y su origen en lo más oscuro del terrorismo de ETA³– era de rebelión (partiendo de una sorprendente concepción de lo que es violencia, y, con ello, de lo que es el delito de rebelión, aquí o en cualquier país de nuestro entorno), y que el proceso podría haber acabado incluso peor de lo que acabó –obviamente, como todo, en opinión de quien esto escribe–, hubo quien pensó y hay quien piensa que se trataba, sencillamente, de una especie *transaccional* recurriendo al delito de sedición. Habría sido política y jurídicamente mucho más difícil condenar a las personas encausadas –estableciendo, probando su conexión personal con hechos concretos– por verdaderos delitos contra el orden público, de resistencia a la autoridad o de desórdenes públicos,

¹ Como dice REBOLLO VARGAS, R., «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión, y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», RDPCr 19 (2018), pp. 139 y ss., 140: un delito que «...debería haber sido derogado en una de las tantas reformas que han convertido en irreconocible el Código penal de 1995.»

² No se trata aquí de someter a análisis esta resolución. Cfr. los puntos de vista divergentes, por ejemplo y por todos, formulados por GIMBERNAT ORDEIG, E., «La sentencia del *procés*» (2019), en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1192390, quien la considera una «gran sentencia», y por QUERALT, J. J., «Legalidad penal a la luz de la STS 459/2019», en: IDEM (dir.), *La sentencia del *procés*. Una aproximación académica*, 2020, pp. 155 y ss., quien la ve como una «sentencia ideológica»; *vid.* también los distintos puntos de vista expresados por distintos autores sobre diversos elementos de esta sentencia contenidos en la obra colectiva acabada de citar.

³ *Vid.* por todos MIRA BENAVENT, J., «Reflexiones críticas sobre la aplicación del artículo 384 bis de la LECrim y su (no) reflejo en la STS 459/2019», en: *La sentencia del *procés**, pp. 55 y ss., 57 y ss.

por ejemplo, en vez de la opción por hacer de todo el *procés* un solo contexto delictivo, opción que abría la sedición.

En todo caso, ha de reiterarse: esta resolución es sólo el síntoma de una situación inadecuada, como veremos, de la desidia de la legislación. Hace ya catorce años –mucho antes de que siquiera nos imagináramos la pesadilla del *procés* y sus consecuencias–, *García Rivas* decía: «...esta figura debería desaparecer para dejar su espacio a los desórdenes públicos, pues de un desorden público se trata...»⁴, y ahora sigue diciendo: «El delito de sedición es muestra de un derecho penal arbitrario y debe derogarse»⁵. Esta conclusión es la que, sea dicho desde el principio, aquí se comparte; se trata sólo de intentar formularla de nuevo.

2. El delito de sedición que contiene el art. 544 del Código Penal es muy peculiar. Se encuentra entre los delitos contra el orden público, el título XXII del Código Penal, presidido por un término que desde siempre ha sido tildado de cajón de sastre⁶, de ser un recipiente para delitos que no tienen un encaje claro⁷. En efecto, ahí están desde los delitos de tenencia ilícita de armas, los que podrían considerarse delitos contra el orden público en sentido estricto –de atentado o resistencia a la autoridad y desórdenes públicos– y la criminalidad organizada, común y política –terrorismo–, hasta llegar, al comienzo del título, al delito de sedición⁸.

⁴ En: ARROYO ZAPATERO, L. *et al.* (ed.), *Comentarios al Código Penal*, 2007, p. 1060.

⁵ GARCÍA RIVAS, N., «Rebelión y sedición en la STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia», en: *La sentencia del procés*, pp. 135 y ss., 142.

⁶ En célebre expresión de BINDING, K. (*Die Normen und ihre Übertretung*, 1877, t. I, pp. 351 y s.), un «trastero de concepto»; *vid.* recientemente, por todos, el exhaustivo análisis hecho por COLOMER BEA, D., *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pp. 29 y ss. (con ulteriores referencias), optando por una especificación, también en el ámbito de los delitos de desórdenes públicos en sentido estricto, de los objetos de protección de las distintas infracciones consideradas en sus dimensiones típicas características, pp. 101 y ss., 135 y ss.; *vid.* también ya la propuesta de PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)», en: LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir*, 2010, pp. 948 y ss. Debe señalarse que en su enmienda n.º 527 en la tramitación parlamentaria del CP 1995, el Grupo Parlamentario Popular quiso especificar mejor, anteponiendo al orden público «los poderes»; *cfr.* *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, t. I, 1996, pp. 249 y s.

⁷ Sobre los sucesivos cambios en las rúbricas históricas *vid.* sintéticamente REBOLLO VARGAS, R., RDPCr 19 (2018), pp. 152 y ss.; sobre las posturas en la doctrina, *ibid.* pp. 157 y ss.

⁸ El lamento sobre la falta de claridad del concepto de orden público usado en el título XXII del CP 1995 es común, también en las obras generales: «pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar» (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed., 2019, p. 783); también está presente en el análisis de LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./GALLEGO ARRIBAS, D., en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2021* (6.ª edición), 2020, n.m. 18257, quienes además lamentan, en concreto, que la interpretación de la noción de orden público en la STS 459/2019 «coincide esencialmente con la recogida en la Ley de Orden Público de 1959, utilizada en tiempos más oscuros».

Esta infracción consiste en participar en un «alzamiento público y tumultuario» que persiga impedir «por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.» Parece apreciarse ya a primera vista un parentesco con los delitos contra el orden público (en sentido estricto), como la resistencia, los desórdenes públicos, el atentado: hay algún tipo de algarada en la calle en ambos campos. Sin embargo, las apariencias engañan. El delito de sedición no es *orden público viejo*; en realidad, es un migrante recién llegado, como revela una mención al principio del texto del artículo: la descripción antes transcrita sólo entra en acción si el comportamiento no es constitutivo de rebelión, delito respecto del cual la sedición actúa como figura residual, de recogida⁹. El delito de rebelión, incluido entre los delitos contra la Constitución, contiene palabras mayores: se trata de quien con violencia quiere subvertir el orden constitucional («alzamiento» violento). Es el delito que corresponde a un golpe de Estado. ¿Por qué esta conexión entre dos delitos que están ubicados, respectivamente, en los ataques globales, radicales a todo, al sistema constitucional (la rebelión), y en un ámbito de cuestiones en parte menores, como los delitos contra el orden público (la sedición)?

En lo que sigue, se intentará presentar de la manera más sintética posible primero cuál es el origen de esta infracción (*infra* II.), luego, cuál puede ser estimado su contenido actual (*infra* III.), para poder concluir qué debe suceder con ella en el futuro (*infra* IV.).

II. ¿QUÉ HUBO?

1. Lo que explica esta situación es el hecho de que, hasta la reforma a medias hecha en el nuevo Código de 1995, rebelión y sedición eran abiertamente mellizos –o incluso siameses– en el Código Penal de la dictadura (y en los anteriores, desde 1822): la sedición era –entonces sin mayor perturbación, en un mismo contexto– el tipo de recogida de la rebelión, el hermano menor,

⁹ Sobre la crítica y las dificultades de esta pretendida subsistencia del «hermanamiento» entre los dos siameses separados en 1995, cfr. sólo SANDOVAL, J. C., «La relación entre los delitos de sedición y rebelión. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP», en: ALONSO RIMO, A. (dir.)/COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019, pp. 271 y ss., 293 y ss., 305 y ss.

lo que debía aplicarse cuando no estuviera claro que hubiera verdadera rebelión (ante todo, persiguiendo el fin de que no hubiera laguna de represión). Ya desde un principio, el delito de sedición venía definido de un modo muy vago, en consonancia con su función de mero tipo de recogida dependiente del de rebelión¹⁰. De ahí que se haya conocido la sedición desde hace tiempo como «rebelión en pequeño»¹¹: juntos conformaban durante la dictadura militar de Franco Bahamonde la cúpula de los delitos «contra la seguridad interior del Estado», un conjunto heterogéneo de normas destinadas, en el caso español, a que no se perdiera el *respeto* a las capacidades de represión del régimen una vez establecida la dictadura después de la guerra. La rebelión se refería a un ataque al sistema jurídico-político general, de principio; la sedición, a cuestiones de menor entidad: no atacar al Estado en sí, sino el ejercicio de determinadas funciones de sus representantes.

2. Esta situación tenía su origen en la militarización del control de las masas que comienza en el S. XIX –después del fin del sexenio democrático– con la hegemonía del núcleo de poder oligárquico de la comunidad católica-liberal, y que se consolidó después en la dictadura nacional-católica¹²: una situación en la que la responsabilidad del orden público acabó concentrándose en la autoridad «militar, por supuesto», en la que las unidades de élite estaban acuarteladas cerca de las grandes ciudades en vez de desplegadas en las fronteras para prevenir ataques del exterior, en la que se construyó la primera autovía de España partiendo desde la capital en dirección a aquella parte de la Sierra de Guadarrama que carece de un puerto verdaderamente practicable (la

¹⁰ Así decía POLAINO NAVARRETE, respecto de la redacción anterior (POLAINO NAVARRETE, M., en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L. [coord.], *Código Penal Comentado*, 1990, p. 219): «Ni la gravedad del ataque ni la significación del bien jurídico aparecen descritas con la exactitud y certeza requeridas por el principio de legalidad penal».

¹¹ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *PE*²², p. 783; CUERDA ARNAU, M. L., en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.) *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a edición, 2016, p. 737; PERIS RIERA, J. (en: *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, 1996, p. 877) habla de una «relación subordinada y dependiente del delito de rebelión»; críticamente, LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./GALLEGO ARRIBAS, D., *Memento Penal 2021*, n.m. 18264, presentando los intentos de «superar esa asociación» entre rebelión y sedición. También apareció esta expresión en el (muy limitado) debate sobre el precepto al hilo de una enmienda a la formulación de la sedición del GP Popular; cfr. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, t. I, p. 1060.

¹² *Vid.*, por todos, el completo (y estremecedor) relato hecho por MARTÍN, S., «Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)», en: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno XXXVIII* (2009), pp. 861 y ss., quien distingue entre el enemigo político, de la patria, del orden público, económico y hasta sexual de la comunidad hegemónica católico-liberal reunida alrededor de la monarquía borbónica restaurada; más sintéticamente IDEM, «Die Terrorismusbekämpfung in der spanischen Geschichte oder die strafrechtliche Repression von Anarchisten, Kommunisten und Separatisten (1894-1975)», en: PETZSCHE, A./METZLER, G./HEGER, M. (ed.), *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit – historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen*, 2019, pp. 109 y ss.

hoy M-607, carretera de Colmenar Viejo): porque de lo que se trataba era de que los carros de combate de la división acorazada *Brunete* pudieran llegar rápidamente al centro de Madrid, de combatir al «enemigo interior», a la población civil – no de que el ejército español hiciera el papel de asumir la defensa nacional.

En efecto, como dice *Rebollo Vargas*, la sedición tiene su origen en una época de «orden público de partidas y barricadas»¹³, y de las patologías autoritarias que la acompañaban, y se consolida durante la dictadura militar que comienza en 1939 como pieza secundaria de unos desvaríos de aspiraciones totalitarias que llegaban a pretender incluir en el orden público nada menos que la «unidad espiritual» de España¹⁴.

3. Al redactar el nuevo Código en 1995 –cuando con mucho retraso llegó por fin el «Código de la democracia», y se hubo de aprobar apresuradamente por el calendario parlamentario y el interés político de aprobarlo antes del cambio de ciclo que se anticipaba en las elecciones de 1996–, se quiso quitar hierro represivo a estas normas, relegando a la sedición al segundo nivel de los delitos contra el orden público¹⁵. Se intentó, en suma, acompasar estas infracciones a la nueva situación constitucional de España¹⁶: en particular, estableciendo con claridad que la rebelión debía cometerse con violencia colectiva grave, y diseñando el de sedición de tal manera¹⁷ –como indicaron en su momento expresamente *López Garrido* y *García Arán*¹⁸– que difícilmente podía concebirse sin violencia, aunque la formulación alternativa –por la fuerza o fuera de las vías legales– parezca indicar otra cosa¹⁹.

¹³ RDPCr 19 (2018), p. 154.

¹⁴ *Vid.* las referencias en REBOLLO VARGAS, R., RDPCr 19 (2018), p. 155.

¹⁵ Había otros muchos elementos en el Proyecto en esta materia que atraían mayor atención de los trabajos parlamentarios, evidenciando que el modo de tramitar el nuevo texto fue un profundo desacuerdo, en el que se sacrificó un debate a fondo a intereses políticos del momento. En todo caso, la sedición no despertó mucho interés: no hubo ninguna propuesta de derogación del delito, y sólo se presentaron enmiendas (por el Grupo Parlamentario Popular y por el Grupo Federal de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña) de menor cuantía, menos las que defendió esta última formación, que demandaba una muy significativa reducción de las penas previstas; cfr. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, t. I, pp. 247 y s. y 327 y s.

¹⁶ Sobre la evolución de ambas figuras cfr. sólo sintéticamente REBOLLO VARGAS, R., RDPCr 19 (2018), pp. 143 y ss.

¹⁷ *Vid.* las referencias en REBOLLO VARGAS, R., RDPCr 19 (2018), p. 155.

¹⁸ En: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1995, p. 202.

¹⁹ Sobre este intento de diferenciar o no *de lege lata* las dos figuras, esto es, sobre la cuestión de si la sedición también requiere violencia, *vid.* sólo LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./GALLEGO ARRIBAS, D., *Memento Penal 2021*, n.m. 18263, con referencias a la jurisprudencia que, como sabemos, ha negado esa necesidad.

III. ¿QUÉ HAY?

1. Lo cierto es que ese propósito —el de la *normalización democrática* de la sedición— no se logró. Como veremos, no se podía lograr. La sedición no ha acabado de establecerse como un delito «normal» contra el orden público²⁰; por el contrario, un escasísimo nivel de aplicación en los últimos años²¹ —hasta la sentencia del Tribunal Supremo en el *procés*— muestra que ha sido más bien un convidado de piedra en su nuevo hogar. Dicho de otro modo: estaba básicamente en su tumba de la inaplicación, soñando el sueño de los injustos, con barricadas y algaradas callejeras de otro tiempo. Sólo se encuentran, hasta la sentencia del Tribunal Supremo en la causa del *procés*, resoluciones sobre cuestiones claramente menores: algún caso de resistencia frente a una comisión judicial encargada de un lanzamiento, algún motín carcelario de principios de los años ochenta, asambleas vecinales que se salieron de madre. Muy poca cosa. La sedición estaba completamente aletargada. No se integró realmente entre los delitos contra el orden público. Dicho de modo muy sintético: el sentido de la sedición no ha podido sobrevivir al hiato de pasar de la «seguridad interior del Estado» autoritaria al orden público de un sistema constitucional conservando, a pesar del traslado, las conexiones, la función de recogida —y las penas correspondientes, como a continuación se razona— hacia un delito que ahora necesariamente habría de ser de otra especie, como es el de rebelión.

2. Hay un relictos del pasado que explica con especial claridad por qué el *aggiornamento* que se pretendió llevar a cabo con esta separación de los mellizos de rebelión y sedición no tuvo éxito, ni podía tenerlo: el elefante en medio de la habitación viene dado por las elevadísimas penas previstas²². Di-

²⁰ Dentro de que, como antes se indicaba y tantas veces se ha dicho, el concepto de orden público, al menos *de lege lata* en España, es inasible, pues incluye delitos extraordinariamente dispares, desde los desórdenes públicos y atentados y la tenencia ilícita de armas —que pareciera que sí cabría ubicar en este concepto— a los delitos de organización (criminalidad organizada común y política [terrorismo]; *vid.* al respecto de diferentes variantes de este concepto y próximos en Alemania, Francia, España e Italia en CANCIO MELIÁ, M., «Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung», en: PAWLIK, M./ZACZYK, R. *et al.* [ed.], *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, pp. 27 y ss., 37 y ss.; IDEM, en: IDEM/SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos de organización*, 2008, pp. 15 y ss., 42 y ss., con ulteriores referencias), que suponen desde el punto de vista aquí adoptado más bien ataques a la Constitución (cfr. IDEM, «Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. [dir.], *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, 2011, pp. 643 y ss., 657 y s., 666), además del delito de sedición.

²¹ *Vid.* las referencias en REBOLLO VARGAS, R., RDPCr 19 (2018), p. 167; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./ GALLEGO ARRIBAS, D., *Memento Penal 2021*, n.m. 18266.

²² El Grupo Federal de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña propuso, en sus enmiendas n.º 853 y 854, reducir significativamente las penas previstas en el proyecto, para llegar a cuatro a ocho años para

fácilmente un delito con una pena mínima de cuatro años de prisión, y máxima de quince, puede consistir en una algarada menor, en un verdadero mero delito contra el orden público. Visto desde una perspectiva europea occidental, sencillamente no es homologable que puedan imponerse penas de hasta quince años –como establece el art. 545 CP para los autores constituidos en autoridad– por un mero delito contra el orden público. Desde mi punto de vista, sólo una especie de papanatismo inverso, un ¡Vivan las *caenas!* redivivo, puede asumir que se imponga la pena máxima del delito de homicidio doloso por unos hechos en los que ni se vierte ni una gota de sangre, ni es necesario plan alguno de que esto suceda.

3. Las penas colocan la infracción cerca de su estirpe originaria, la rebelión, y lejos de sus vecinos actuales, los desórdenes públicos. Así las cosas, la diferenciación entre ambos delitos se ha acabado centrando –como han señalado quienes han estudiado a fondo la infracción y es común afirmar en las obras generales– en aspectos meramente subjetivos, en los diferentes fines que se persiguen en cada caso: cambiar todo violentamente, la subversión, en la rebelión; obstaculizar el funcionamiento del Estado, en la sedición. Compartirían el hecho de tratarse de actividades colectivas (implícitas en la noción de alzamiento) y la *hostilidad* hacia los representantes del Estado²³.

En todo caso, parece que, habiendo existido esta proximidad desde el principio, hubo elementos que en versiones pasadas de estas infracciones permitían delimitar con mayor claridad las dos figuras, pues no se trataba de hacer ver que hubiera alguna diferencia cualitativa entre ambas, sino sólo de grado: así, respecto del CP 1870, que definía en su art. 243 la rebelión como la conducta de «los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para atacar la Constitución del país ó los poderes públicos que de

el tipo cualificado de los promotores, y de dos a cuatro para los meros participantes; cfr. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, t. I, pp. 327 y s.; el debate se encuentra *ibid.*, pp. 1063 y s., en el que López Garrido puso en relación en la defensa de estas enmiendas esta pretensión con el principio de intervención mínima y la proximidad de las conductas incriminadas con la libertad de expresión (como se observa en el CP aún hoy, las enmiendas fueron rechazadas). De nuevo, ha de señalarse que el debate fue muy superficial y genérico, revelando la gran precipitación de la tramitación del nuevo Código Penal.

²³ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 18.ª edición, 1995, p. 855, quienes interpretan «tumultuario» como «hostil»; MUÑOZ CONDE, F., *PE*, p. 784; GARCÍA ALBERO, R., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 7.ª ed., 2016; o LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./GALLEGO ARRIBAS, D., *Memento Penal 2021*, n.m. 18251, también requieren tal «hostilidad» (*vid.* además las referencias en esta obra a la jurisprudencia que se ha pronunciado en la misma línea). En el debate parlamentario previo a la aprobación del CP 1995, el Grupo Popular propuso que se sustituyera el adjetivo «tumultuariamente» por la «abierta hostilidad» (enmienda n.º 517; cfr. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, t. I, p. 247; discusión –en la que esta cuestión no tuvo protagonismo, al debatirse otros muchos elementos del título, mostrando que el procedimiento de debate fue superficial e inadecuado–, *ibid.*, pp. 1059 y s.).

ella emanan...», se podía afirmar con razón respecto de la sedición (entonces, art. 250 CP) que

«Aunque entre la rebelion y sedicion hay marcadas analogías, existen entre ellas, sin embargo, profundas diferencias. Para que haya rebelion se exige que los sublevados se pongan *en abierta hostilidad contra el Gobierno*; para que haya sedicion basta que se hayan *alzado* públicamente contra otros objetos. Por la primera se ataca en su raiz y fundamento á los poderes públicos; por la segunda se atenta contra las autoridades del Gobierno ó contra sus disposiciones. Es un acto de rebelion el alzarse para destituir al Rey; es solamente de sedicion el verificarlo para exigir la revocación de las medidas dictadas por la autoridad²⁴.

Observamos, por lo tanto, que incluso en la interpretación de un autor –Gómez de la Serna– significado como político del ala progresista del liberalismo, incluso en un momento –el sexenio democrático– en el que se intentó cambiar el sistema político del país hacia una mayor participación de la ciudadanía –hasta que la dinastía borbónica fue reinstaurada por la fuerza de las armas en 1874–, la sedición era, de manera manifiesta, en su ADN, Derecho penal político, una pieza completamente emparentada, más que melliza, siamesa de la rebelión, y que precisamente por ello no necesitaba de incorporar los elementos característicos (la *hostilidad*) de su tipo cualificado, la rebelión. Así, por ejemplo, escribía en esta línea *Cuello Calón* en 1935²⁵.

El delito de sedición actual muestra, aparte de esta sobrecarga en las finalidades –lo que siempre introduce el riesgo de que se juzguen ideas y no actos, y puede generar un desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales– de los sediciosos por el intento de operación de separación hecho en 1995, como han señalado los estudiosos de esta figura, un mal encaje entre las demás infracciones, debido también a que su redacción es tan vaporosa que no satisface lo que la Constitución exige de la legislación penal en términos de claridad, como derivado del principio de legalidad. Y estas debilidades sistemáticas de la infracción se producen precisamente en un ámbito que, como es obvio, linda con el legítimo ejercicio de derechos fundamentales esenciales para nuestro sistema político, como el de manifestación. En última instancia, no

²⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN, M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, 9.ª edición, 1871, tomo tercero, p. 317.

²⁵ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, tomo II (Parte Especial), 6ª edición, 1935, pp. 128 y s.] que, partiendo del elemento común del alzamiento público, rebelión y sedición se diferencian en grado, pero comparten la misma esencia: «...en la rebelión, el alzamiento va dirigido directamente contra los poderes del estado, es un alzamiento hostil al gobierno, mientras que en la sedición el alzamiento no es de hostilidad directa contra el gobierno, sino más bien contra ciertas autoridades o clases sociales o del estado, con contra bienes de éste o de corporaciones públicas. Estos delitos, por su menor trascendencia, nunca son tan graves como los de rebelión».

hay espacio entre la resistencia a la autoridad y la rebelión para este extraño tercer nivel intermedio.

Lo que sucede, entonces, es que la sedición no puede ocultar su origen, su esencia. Un origen que está en las prácticas autoritarias endémicas en nuestros siglos XIX y XX, como antes se ha señalado: cargas de la Guardia Civil a caballo y con el sable desenvainado frente a protestas obreras de toda índole, represión militarizada –antes de la invención del término «terrorismo» como categoría penal– de toda disidencia organizada, ley de fugas incluida. Los *subversivos* como rebeldes o sediciosos.

4. De hecho, un somero análisis de las legislaciones de los países de nuestro entorno muestra que, en efecto, en España la figura de la sedición está fuera de la línea común de otros Estados en Europa occidental, y, en particular, de los Estados miembros de la UE en Europa occidental²⁶. A lo largo del siglo XX, estos ordenamientos han ido eliminando de sus Códigos las figuras próximas a nuestra sedición, y ahora suelen distinguir con claridad los ataques violentos al sistema constitucional en su conjunto («alta traición», «rebelión») de la resistencia frente a órganos del Estado en el cumplimiento de sus funciones, manifestándose con claridad la diferencia estructural en que se prevén penas muy distintas para ambas figuras. O sea: aunque mantengan figuras próximas a la sedición, la diferencia en los marcos penales (también relativos, dentro de sus propias escalas punitivas) demuestra que, en realidad, no son delitos de *rebelión menor* como nuestra sedición, sino que se han transmutado, como tocaba, en genuinos delitos contra el orden público: una vez más, *Spain is different*.

Por ejemplo: incluso Suiza, que ha mantenido en su Código Penal, en apariencia, el delito equivalente a la sedición (art. 285 CP suizo), en realidad ahora criminaliza bajo ese rótulo (*Aufbruch* en alemán [que tiene un significado próximo a la palabra «sedición»]; pero en los otros dos idiomas principales –e igual de oficiales para la Ley–, en francés e italiano, queda clara esta evolución hasta en la denominación: violencia o amenaza a autoridades o funcionarios) un delito de resistencia individual (con pena máxima de hasta tres años de prisión, pudiéndose imponer multa). En consecuencia: quien diga (como se ha dicho últimamente en el debate mediático no técnico) que en la Confederación Helvética –un país ordenado, desde luego, en el que la algarada política es un recuerdo lejano de un pasado remoto– se conserva el delito de sedición, que se lo vuelva a mirar, que busque otra página en Wikipedia. En Alemania, el asun-

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, la información reunida por JAVATO MARTÍN, A. M., «¿Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica? (A propósito del «caso Puigdemont»)», *La Ley* n.º 9188 (1.5.2018).

to es incluso más claro: en 1970 –como consecuencia inmediata de los hechos de la revuelta estudiantil de 1968 y de la llegada al poder federal de una coalición entre liberales y socialdemócratas, con Willy Brandt como canciller federal– el delito equivalente (*Aufbruch*) fue derogado formalmente, desapareciendo el entonces § 115 StGB (*Strafgesetzbuch*, Código Penal), que contemplaba con esa denominación un delito agravado –por su carácter colectivo– de resistencia o coacción a funcionarios. Sólo quedan delitos de resistencia en la República Federal. En Portugal, sólo existen en este ámbito infracciones que implican la coacción o la perturbación del funcionamiento de órganos constitucionales (arts. 333 y 334 CP), conductas que requieren en todo caso la violencia o amenaza con la violencia para la coacción a los órganos constitucionales, y prevén penas de hasta tres años cuando se perturba ilícitamente el funcionamiento de los órganos con «alboroto, desorden o algarada», mientras que la participación en motín colectivamente violento (art. 302 CP) tiene una pena máxima de prisión de hasta un año o multa. En Francia, la figura equivalente a nuestra sedición, la *rébellion*, se concibe como resistencia violenta a una persona depositaria de la autoridad pública, y es penada con dos años de prisión como sanción máxima, de tres años, si se trata de una conducta cometida en grupo, o de cinco años de pena privativa de libertad si es armada, y de hasta diez, si es armada y en grupo (arts. 433-6, 433-7 y 433-8 CP). En Italia, finalmente, las figuras próximas, que requieren violencia o amenaza (violencia o amenaza a un funcionario público, resistencia a un funcionario público, o a un cuerpo político, administrativo o judicial o a sus integrantes, arts. 336, 337 y 338 CP), se mueven en un plano similar, siendo la pena más grave de prisión de siete años.

Queda claro que hay un trecho muy significativo, una diferencia cualitativa –tres años frente a quince años de prisión indican que estamos jugando en ligas muy distintas, aunque las conductas típicas o incluso el *nomen iuris* puedan coincidir–, entre estos ordenamientos, que tipifican diversas formas de resistencia al ejercicio de la autoridad del Estado, y el comportamiento típico descrito y las penas amenazadas en el art. 544 CP, que no deja de ser una rebelión no violenta, valga la *contradictio in adiecto*.

IV. ¿QUÉ HACER?

Parece claro lo que toca hacer, después de todo lo dicho: cortar ya definitivamente el cordón umbilical que une los delitos contra el orden público con los delitos de crisis máxima del sistema, en nuestro caso, la rebelión. Una vez producido y asumido este corte, la sedición queda en un limbo, en el limbo en

el que la historia aplicativa ya la había colocado en estos últimos años. Sólo faltaba que el legislador de 1995 se hubiera decidido a darle el último empujón para que pasara directamente al cielo, o al infierno –más bien, en este caso–, de la Historia. Que lo haga ahora: nunca es tarde si la dicha es buena.

A diferencia del desarrollo de las ciencias de la naturaleza –en primer lugar, de la Física–, y de la tecnología que deriva de ellas, que no admite pasos atrás –tan sólo el intento de controlarla social y jurídicamente–, como señala la cita de *Friedrich Dürrenmatt* con la que comienzan estas páginas, en la realidad social –en la que vive el Derecho– no sólo es posible cambiar, cortar con el pasado, retirar y enterrar lo pensado, sino que es obligado hacerlo cuando la época ha cambiado. El ordenamiento jurídico debe responder al espíritu de su tiempo, en la terminología de *Hegel* y *Jakobs*²⁷, si no quiere ser irrelevante, si quiere ser real. Y como enseña *Jakobs*, en cuanto más quebradiza es la legitimidad de una norma en la realidad social, más se recurre a la pena²⁸. ¿Es este nuestro caso?

La sentencia del *procés* no es más que la demostración de que la existencia de esta figura esquizofrénica es disfuncional. Bastará, si así se quiere, reforzar los ya (demasiado²⁹) robustos delitos contra el orden público en el CP español con una figura agravada de resistencia colectiva.

Conclusión: la sedición sobra. Se trata no de decirle *adeu* a la sedición, sino adiós, *adeu, adeus, agur*: en la época convulsa y polarizada que vivimos en algunos países de Occidente, y, desde luego, en España, no cabe descartar que siga subiendo el tono de la crispación política, y que se produzcan manifestaciones conflictivas de muy diverso signo. Más vale que esta eventualidad encuentre al Código Penal en orden y con los delitos contra el orden público preparados, sin la vía de la sedición para desencadenar una obvia sobre-reacción penal que –como muestra la sentencia del *procés*– no hace más que empeorar las cosas. Para ello ha de dejarse que la sedición parta, que se quede en el mundo al que hoy pertenece: en el pasado.

²⁷ CANCIO MELIÁ, M., «Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs », en: KINDHÄUSER, U./CRESS, C./PAWLIK, M./STUCKENBERG, C. F. (ed.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, pp. 697 y ss., 700 y ss.

²⁸ Hablando de los delitos de «protección de un clima»; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed. 1991, 2/25c.

²⁹ Vid. en este sentido, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra el orden público: atentados, resistencia, desobediencia y desórdenes públicos», en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Informes del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. La proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal, y el proyecto de reforma de la Ley 23/1992, de seguridad privada*, 2014, pp. 155 y ss.

CRIMES POLÍTICOS, *WHISTLEBLOWING* E SECESSÃO: A DIMENSÃO TRANSNACIONAL DO PROBLEMA*

MIGUEL JOÃO COSTA**

I. INTRODUÇÃO

Um tema já antigo mas com renovado ímpeto nas sociedades liberais contemporâneas, caracterizadas por índices elevados de transparência organizacional e de facilidade comunicacional, é o «*whistleblowing*»¹: a denúncia, por parte de funcionários, da prática de crimes ou outras irregularidades por parte das organizações a que pertencem. Originariamente o *whistleblowing* associa-se ao sector privado, mas com o tempo passou também a usar-se em referência a entidades públicas, incluindo Estados², sendo esta última a hipótese que aqui mais nos interessa.

* Este texto corresponde a uma comunicação feita sob o mesmo título no Seminário «Política Criminal e Dogmática Penal: As Propostas de uma Nova Geração» (Cádiz 2020), que por sua vez se baseia nas ideias desenvolvidas em M. J. COSTA, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Leiden: Brill | Nijhoff, 2019, pp. 497-514.

** Assessor do Gabinete dos Juizes do Tribunal Constitucional Português; Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Secretário do Grupo Português da AIDP. As perspectivas apresentadas neste texto são da exclusiva responsabilidade do autor e não representam ou vinculam de modo algum as instituições onde exerce funções.

¹ O tema é generalizadamente referido através deste termo anglófono, particularmente desde a obra R. NADER / P. J. PETKAS / K. BLACKWELL (eds.), *Whistle blowing: the report of the Conference on Professional Responsibility*, New York: Grossman Publishers, 1972.

² Sobre o conceito – a sua origem, os seus traços essenciais e as suas concretizações no ordenamento jurídico português, vd. N. BRANDÃO, «O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português», *Revista do Ministério Público* n.º 161 (2020), p. 99 s.

Aquela definição realiza já um significativo estreitamento do sentido que o termo tem vindo a assumir na sua utilização corrente. Embora não seja indiscutível que deva ser este o seu exacto recorte, para os efeitos do presente texto, o termo «*whistleblowing*» cinge-se a condutas praticadas por alguém que pertença à organização em causa e tenha tido acesso legítimo à informação revelada. Isso exclui, desde logo – e independentemente da motivação subjacente – as condutas que se traduzam em penetrar na organização e colher a sua informação, pela disrupção que representa do princípio do monopólio público da justiça penal e por todos os riscos que daí emergem³. Exclui ainda a conduta que se traduza em difundir a informação recebida de alguém pertencente à organização, porque se trata aqui de um problema já algo subsequente ao da revelação do segredo propriamente dita, relacionando-se antes, de uma maneira mais estrita, com as liberdades de expressão e de imprensa⁴.

A crescente relevância do *whistleblowing* está bem patente no plano legislativo, onde as iniciativas se têm multiplicado. Uma das mais relevantes é a Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União⁵. Todavia, está tendencialmente excluída a aplicação da Directiva às matérias da defesa e da segurança nacionais⁶, matérias essas que, de um ponto de vista simbólico, são porventura as que mais ímpeto público deram ao tema⁷ e que, de um ponto de vista conceptual, são talvez as mais interessantes, desde logo porque nesses casos a conduta irregular revelada é frequentemente praticada (pelo menos pretensamente) em nome de interesses públicos, ou seja, de interesses de toda uma comunidade.

O *whistleblowing* coloca desafios a diversos ramos do direito, mas sobretudo aos de natureza sancionatória, pela particular razão de que a denúncia pode constituir, ela própria, um crime ou um ilícito de outra natureza. Esta tensão intrínseca solicita reflexão tanto no plano dogmático como no plano político-criminal, tanto no plano substantivo como no plano processual. No substantivo coloca-se por exemplo a questão de saber se nestes casos deve – e, se sim, em que medida e em que termos – excluir-se a responsabilidade crimi-

³ Sobre o princípio da oficialidade da promoção processual, M. J. ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 63; J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 115 s.

⁴ Vd. e.g., S. PARMAR, «The Assange case and the UK»s global defence of media freedom», *EJIL: Talk*, 15 de Abril de 2019.

⁵ Sobre este instrumento, vd. e.g., A. DELLA BELLA, «Proteção do *whistleblower*: o que muda com a Directiva 2019/1937», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 30 (2020), p. 85 s.

⁶ Vd. os sobretudo o considerando (24) e o artigo 3.º da Directiva.

⁷ Não só mais recentemente, mas já desde pelo menos os anos «60: vd. mais *infra*, o ponto III.1.

nal do agente ou a punição. No processual, entre outras, a de saber se os elementos (*e.g.* documentais) revelados podem –e, se sim, em que medida e em que termos– ser usados como prova.

Essa tensão ajudará por certo a explicar a popularidade granjeada pelo termo «*whistleblowing*». Trata-se de um termo que emana um significado positivo e se distancia propositadamente de outros como «delação» e até «denúncia», a que é frequentemente imprimido um tom crítico, uma nota de censura que sugere ter sido quebrada uma fidelidade que o denunciante, apesar de tudo, devia ao denunciado. Trata-se de um termo iconográfico que retrata a acção de alertar para um problema. Trata-se, enfim, de um termo que assumiu mesmo uma certa antinomia em relação ao de «crime»: «se foi *whistleblowing*, então não foi crime».

Porém, não há realmente uma incompatibilidade. Independentemente do preciso enquadramento feito em cada ordenamento jurídico, sempre existirão condutas que preenchem um conceito de *whistleblowing* como aquele acima delineado e que estão, ainda assim, abrangidas por normas incriminatórias –nomeadamente condutas que se traduzam na revelação de segredos de Estado. Isso é, aliás, compreensível, pois dificilmente pode conceber-se que um Estado, mesmo o mais liberal, prescindia por completo de impor penalmente a preservação dos seus segredos, desde logo sob pena de uma insustentável vulnerabilidade no confronto com outros modelos de Estado.

O problema a tratar aqui situa-se a jusante daquele. Dando como certa a existência de condutas que preenchem o conceito de *whistleblowing* e que são criminalizadas, a questão que se propõe discutir é a de saber se outros Estados devem dispor-se a cooperar com aquele cujos segredos foram relevados, ajudando-o a reprimir penalmente essa revelação. Num tema como este, a dimensão transnacional é especialmente relevante, porque aquela revelação tenderá a constituir um «crime político», e o seu autor, por conseguinte, um típico candidato a asilo.

II. CRIMES POLÍTICOS

II.1 Conceito

O conceito de «crime político», aliás, nasceu no âmbito do direito penal transnacional. De facto, a não extradição por crimes políticos, um dos mais tradicionais e simbólicos princípios do direito da extradição, não resultou da projecção de um conceito penal clássico para o plano transnacional, como é

mais frequente, mas nasceu logo num plano transnacional –mais especificamente do ideário das revoluções liberais, que postulava a legitimidade de se resistir contra regimes políticos não representativos e conduzia os Estados onde a revolução já ocorrera a concederem asilo aos revolucionários de outros Estados⁸.

A definição e delimitação do conceito de «crime político» é muito complexa, o que constitui justamente uma consequência da sua origem transnacional. Como não foi amadurecido no plano nacional, mas desenvolvido logo com o propósito de ser invocado em interacções estaduais, o conceito vem marcado de nascença por um problema de definição, um problema de circularidade que pode enunciar-se da seguinte forma: um crime político é um crime pelo qual a extradição não pode ser concedida em virtude de o crime ter natureza política. Mas não é essa a questão central para este texto. O que aqui mais importa é analisar se a regra tem razão de ser e, se sim, em que casos –análise que pode basear-se num conceito abstracto de «crimes político» como o proposto por M. Cherif Bassiouni: crime político é uma conduta prevista numa norma penal substantiva que «corporiza a protecção de estruturas sócio-políticas» do Estado⁹.

II.2 O princípio da não extradição por crimes políticos e a sua erosão

A não extradição por crimes políticos tem vindo a sofrer uma significativa erosão e foi mesmo praticamente abolida em determinadas relações interestaduais, como exemplificam a cooperação entre os Estados nórdicos e a cooperação entre os Estados Membros da União Europeia (UE). Esta tendência, aliás, estava indelevelmente determinada desde origem. Na sua face, o princípio da não extradição por crimes políticos mostrava-se neutro e universalmente válido, por suportar-se na ideia de que extraditar por crimes políticos representaria uma interferência nos assuntos internos de outro Estado, qualquer que fosse. Na sua raiz, porém, o princípio era selectivo ou mesmo sectário. O seu propósito, como se disse, era proteger os companheiros liberais de outros Estados. A Constituição Francesa de 1793 não rejeitava a extradição de todo e

⁸ Vd. C. VAN DEN WYNGAERT, *The Political Offence Exception to Extradition: The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order*, Deventer: Kluwer, 1980, p. 4 s.; L. L. DEERE, «Political Offenses in the Law and Practice of Extradition», *American Journal of International Law* n.º 27 (1933), p. 250 s.

⁹ M. C. BASSIOUNI, *International Extradition: United States Law and Practice*, 6th ed., Oxford: University Press, 2014, p. 675.

qualquer criminoso político, mas apenas daqueles que se encontravam exilados «pela causa da liberdade», recusando o asilo aos «tiranos»¹⁰.

Mesmo dentro desse pressuposto, foi visível desde o primeiro instante uma certa arbitrariedade na aplicação do princípio. Como observa van den Wyngaert, os governantes dos novos Estados liberais protestavam com veemência quando outros Estados violavam o asilo político, mas não hesitavam em violá-lo quando isso se mostrava necessário para capturar os seus próprios oponentes políticos – e ilustra:

For example, when, in 1801, the Senate of Hamburg extradited three Irish rebels to England, Napoleon Bonaparte wrote a letter to the authorities of Hamburg, in which he strongly condemned the surrender. (...) This, however, did not prevent Napoleon, as far as his own adversaries were concerned, from exhausting all available means to obtain their extradition, including the use of threats against other states. Immediately after the signature of the Peace Treaty of Amiens in 1802, he requested the English to expel the French immigrants. The refusal of the English to do so was one of the causes of the long wars which followed¹¹.

Essa selectividade, na verdade, nunca desapareceu. Como dá conta Geoff Gilbert, não só a intervenção do executivo no processo de extradição, mas a própria intervenção judicial sempre se deixou permear muito por factores de índole política e diplomática, que não de racionalidade jurídica – e específica:

In the past, political offence decisions have been based upon whether the fugitive was from the former Soviet bloc, whether the requesting state was an ally, support for the fugitive or his group in the requested state, encouraging a peace process, the usefulness of the transnational fugitive offenders to the intelligence services, even economic interests¹².

Assim, a gradual mitigação do princípio da não extradição de nacionais e a sua explícita abolição em alguns contextos jurídico-políticos constituiu um passo lógico e, até certo ponto, tratou-se mais de introduzir transparência no sistema do que de mudar o paradigma.

II.3 Apreciação crítica da tendência de erosão

¹⁰ Artigo 120: «[Le Peuple français] donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. – Il le refuse aux tyrans», in www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, p. 10 s.

¹² G. GILBERT, *Responding to International Crime*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 194 s.

A abolição do princípio da não extradição por crimes políticos entre Estados de estrutura jurídico-política e axiológica semelhante é, a meu ver, justificada. Não identifico razões humanitárias, diplomáticas ou morais que justifiquem que, por princípio, seja negada assistência em matéria penal a outros Estados em tais casos. Por exemplo: independentemente do facto de estarem actualmente integrados numa organização jurídico-política comum (a UE), qual seria a justificação normativamente relevante para Portugal recusar a Espanha a extradição de um indivíduo ou grupo de indivíduos que tivesse tentado instaurar em Espanha um regime ditatorial?¹³ São fundamentalmente de três ordens os argumentos normalmente invocados em justificação da não extradição por crimes políticos¹⁴:

a) O *argumento humanitário* é o de que nos crimes políticos existe um elevado risco de o processo penal ser injusto. Isso, porém, pode ser avaliado numa base casuística, não se justificando uma presunção inilidível de que o processo penal no Estado requerente será injusto. Por outro lado, o advento dos direitos fundamentais no direito internacional e transnacional trouxe consigo causas de recusa da extradição novas –particularmente o princípio *non-refoulement*–, fundadas directa e primacialmente no imperativo de protecção de interesses individuais (não já apenas de interesses estatais) e que, em larga medida, absorveram a razão de ser de outras causas de recusa mais tradicionais, como a dos crimes políticos, presentes desde as origens do direito moderno da extradição em finais do séc. XVIII, inícios do séc. XIX.¹⁵ Não rejeito a ideia de que há uma tendência sistémica para a parcialidade no julgamento de actos políticos. Como afirma M. Cherif Bassiouni, os criminosos políticos são os criminosos mais pretendidos (*wanted*) pelos Estados. Por isso, quando a extradição é pedida por crimes políticos, julgo que o estalão de prova exigível do indivíduo quanto à existência de um risco de discriminação deve ser mais moderado do que quando a extradição diga respeito a crimes comuns. Contudo, isto é muito diferente de defender que, quando a extradição é pedida por crimes políticos, o risco de discriminação está necessariamente presente.

b) O *argumento diplomático* –já acima aflorado– é o de que extraditar por crimes políticos representa uma ingerência na soberania de outro Estado. O argumento, porém, só é válido quando não for plausível presumir que a actuação do Estado que requer a extradição se reveste de legitimidade representativa. Quando essa legitimidade possa ser presumida (como tipicamente

¹³ O exemplo é inspirado em C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, p. 259.

¹⁴ *Ibid.*, *passim*.

¹⁵ M. C. BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 735.

poderá em relação a Estados democráticos que se encontrem a funcionar em condições mínimas de normalidade), a recusa em cooperar aproximar-se-á mais de uma ingerência (por omissão) do que a acção de cooperar jamais poderia aproximar-se, pois esta cooperação é a acção desejada por aquele Estado. Como pode considerar-se que há ingerência na soberania de outro Estado quando a concessão da extradição é solicitada por esse mesmo Estado e essa solicitação exprime a vontade dessa comunidade politicamente organizada? Naturalmente que é difícil determinar os casos em que o pedido de extradição deve considerar-se «representativo». O ponto de vista que aqui procura fazer-se é simplesmente o de que, em circunstâncias como as descritas, em que o Estado requerente não se encontra visivelmente envolvido num conflito interno, a recusa da extradição poderia igualmente –aliás, *mais fundadamente*, pois seria favorável à facção carecida de legitimidade representativa– ser compreendida como uma interferência, por omissão, na soberania desse Estado¹⁶.

c) O *argumento moral*, por fim, é o de que os crimes políticos ofendem apenas os específicos interesses do Estado a quem se dirigem e os seus autores não constituem em geral qualquer perigo para os Estados em que se asilem. A isto acresce a ideia –também já aqui a florada– de que é legítimo resistir a regimes políticos opressivos. Esta é a justificação fundamental para o princípio da não extradição por crimes políticos. No entanto, mesmo esta justificação perde a sua força quando esteja em causa um Estado em que seja possível exercer oposição por meios políticos instituídos, além de que não pode presumir-se, no presente contexto de acentuada interdependência e interinfluência da comunidade internacional, que um ataque a um específico Estado não constitua uma potencial ameaça a outros Estados de características políticas idênticas.

Em conclusão, entre Estados ligados por laços de afinidade moral –«moral», no sentido de identidade política e axiológica– não há razões de princípio para recusar a cooperação penal relativamente a crimes políticos.

III. NOVOS DESAFIOS

¹⁶ Recorde-se que do artigo 2.º dos *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), acompanhado dos comentários da *International Law Commission*, baseados em jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, resulta que as condutas imputáveis aos Estados podem consistir tanto em acções como em omissões e que, na verdade, os casos em que foi invocada responsabilidade em razão de uma omissão são «pelo menos tão numerosos» como aqueles em que ela foi invocada em razão de uma acção.

A abolição do princípio da não extradição por crimes políticos em determinados contextos políticos é hoje um facto encarado praticamente com naturalidade¹⁷. O verdadeiro desafio para a dogmática do direito penal transnacional já não reside aí, mas em avaliar se entre Estados ligados por aqueles laços de afinidade moral deve *sempre* haver cooperação penal em relação a crimes políticos, ou se, pelo contrário, mesmo entre esses Estados, há casos em que não há condições para extraditar.

A meu ver, a resposta é que nem sempre há condições para extraditar. Há casos em que ocorre uma ruptura daqueles laços de afinidade. São casos em que a afinidade moral que em abstracto liga os dois Estados cessa perante as circunstâncias do caso concreto. Exemplo paradigmático disso é precisamente o *whistleblowing*, tema a que, portanto, importa agora regressar.

III.1 *Whistleblowing*

Um dos casos de *whistleblowing* mais proeminentes das últimas décadas é o de Edward Snowden, que em 2013 violou a lei penal dos Estados Unidos da América (EUA), ao revelar segredos de Estado. Fugiu inicialmente para Hong Kong e depois para a Rússia, onde obteve asilo. Os EUA terão pedido a extradição a Hong Kong, que considerou não dispor de informação suficiente para executar a detenção provisória de Snowden. De todo o modo, aplicar-se-ia provavelmente a causa de recusa da não extradição por crimes políticos. Quanto à Rússia, o mais provável é que os EUA nem tenham submetido qualquer pedido de extradição.

Foram várias as vozes que se fizeram ouvir no sentido de que Snowden *não* deveria ser extraditado para os EUA. É o caso de M. Cherif Bassiouni, para quem a conduta de Snowden não só não provocou danos humanos e sociais sensíveis, como inclusivamente produziu um efeito positivo, ao revelar «*abuses of secretive practices that violate the constitutional right of privacy and other individual rights*», assim como uma ingerência por parte dos EUA na soberania de outros Estados, já que a actuação *National Security Agency* incluía práticas dirigidas a governos e líderes estrangeiros¹⁸. Depois de notar

¹⁷ Embora não possa nunca considerar-se incondicional nem consolidado, como ainda recentemente pudemos verificar em plena UE, no âmbito das relações entre a Espanha e a Bélgica, mais particularmente no caso Puigdemont, que nos veio recordar a todos, europeus, que o Protocolo n.º 24 TUE / TFUE não afasta completamente o asilo político dentro da UE –em maior detalhe sobre isto, vd. M. J. COSTA, *op. cit.*, p. 384 s.

¹⁸ M. C. BASSIOUNI, «Two Hypothetical Prospective Extradition Cause *Célèbre*: the Snowden and Knox cases», in Pia Acconci (ed.), *International law and the protection of humanity: Essays in honor of*

as semelhanças entre o caso de Snowden e o célebre caso de Daniel Ellsberg e dos *Pentagon Papers* (1967), relativo à guerra do Vietname¹⁹, e após reconhecer que é natural um Estado dispor de legislação penal contra a violação dos seus segredos, Bassiouni defende que, no plano da extradição, o problema é «basicamente simples»:

the question is whether Snowden's conduct falls within the characterization of a «purely political offence» [sc., whether it was politically motivated or based on a crime that constitutes the criminalization of conduct that would otherwise be lawful because it is peaceful and in the exercise of freedom of expression]. This type of political offence has a longstanding history in the US and in most of the world's legal practices (...) based on a longstanding tradition stemming from the Age of Enlightenment²⁰.

O autor conclui que a conduta de Snowden efectivamente se subsume no conceito de «crime político absoluto», visto que a lei penal americana não leva em consideração os motivos do crime e protege essencialmente interesses políticos do Estado, que não interesses sociais. O que —prossegue—, sendo tendencialmente irrelevante para o direito penal substantivo, é todavia da maior relevância para o direito da extradição, onde deve levar-se em conta tanto a natureza do crime como o motivo do Estado requerente²¹.

A posição de Bassiouni que acaba de se descrever consiste fundamentalmente em defender a ideia de que *não se deve extraditar por crimes políticos*. Trata-se, no fundo, de uma apologia desse princípio tradicional e de uma aplicação do mesmo às circunstâncias do caso. E dúvidas não há de que, no caso, faria todo sentido a aplicação desse princípio, pela evidente razão de que os EUA e a Rússia não estão ligados pelos laços de afinidade política e axiológica referidos anteriormente. Quer dizer, neste caso existiam pelo menos razões «diplomáticas» e «morais» para a não extradição²².

Mas a questão mais interessante que este caso suscita não é essa. Sim a de saber o que deveria acontecer se Snowden tivesse procurado asilo num Estado ligado aos EUA por laços daquela natureza. Podemos também colocar, de novo, a hipótese de o caso ter ocorrido entre Estados como Portugal e Espanha. Já defendi acima que, nestas relações de afinidade, a extradição por crimes políticos não deve ficar excluída. O que procuro agora defender é que, não

Flavia Lattanzi, Leiden: Brill, 2017, p. 299 s.

¹⁹ Aliás, o diploma jurídico violado é o mesmo: o *Espionage Act* de 1917.

²⁰ M. C. BASSIOUNI, «Two Hypothetical Prospective Extradition *Cause Célèbre*...» *op. cit.*, p. 299 s.

²¹ Vd. *ibid.*

²² Cf. *supra*, § II.3.

obstante, essa afinidade é irrelevante em relação a uma conduta como a que é imputada a Snowden.

Note-se que, no referido caso dos *Pentagon Papers*, a absolvição de Ellsberg e Russo não se baseou numa apreciação de mérito no sentido de não haver responsabilidade penal, mas no facto de a acusação ter ficado irremediavelmente «infectada» pela obtenção ilegal de prova e, mais genericamente, pela grave conduta do governo dos EUA revelada no escândalo *Watergate*. Por outro lado, o caso desenvolveu-se num plano puramente interno, sem qualquer pedido de extradição ou outro elemento de transnacionalidade. A razão pela qual este caso é interessante para o tema aqui em debate reside na ampla aprovação pública que a conduta de Daniel Ellsberg recebeu dentro dos próprios EUA –ou seja, dentro do próprio Estado cuja lei penal foi violada– e em outros Estados politicamente semelhantes²³. Idêntico a este caso em diversos aspectos é também o caso, mais recente, de Chelsea Manning e da informação militar secreta por si transmitida à WikiLeaks, caso que por sua vez se relaciona directamente com a possível extradição de Julian Assange para os EUA. De certo que nesses casos havia –sempre haverá– uma larga franja da população que vê actos desses como uma vil traição ao Estado, como uma vergonhosa falta de patriotismo. A questão é que uma grande parte da população os aprova.

O que singulariza os casos de *whistleblowing* de outros casos que preencham o conceito de «crimes políticos» é o facto de que a conduta do agente não só não constitui um autêntico ataque às estruturas sócio-políticas do Estado, como é, na verdade, preordenada a defendê-las. Nestes casos, o crime não procura agredir ou produzir alterações na ordem axiológica do Estado, mas reagir contra uma atuação do próprio Estado que se mostra oposta a essa axiologia. Não há dúvidas de que a actuação de um Estado é contrária à sua axiologia quando se traduza numa manifesta violação do seu próprio direito constitucional ou de certas normas essenciais de direito internacional, como o princípio da não ingerência²⁴. Repare-se bem que este critério não pressupõe qualquer juízo sobre a motivação do *whistleblower*, ao contrário do que acontece na tradicional regra da não extradição por crimes políticos, que inclui os crimes ditos subjectivamente políticos. Ele baseia-se antes numa avaliação marcadamente objectiva, que consiste em determinar se a conduta do *whistle-*

²³ Daniel Ellsberg foi agraciado com várias distinções como o *Gandhi Peace Award* (EUA), em 1976, o *Ridenhour Courage Prize* (EUA), em 2004, e o *Right Livelihood Award* (Suécia), em 2006.

²⁴ O caso de Snowden é, de resto, mais paradigmático a este respeito do que o de Ellsberg, já que Ellsberg expôs, por assim dizer, conduta «imoral» do governo dos EUA, mas não necessariamente conduta violadora de normas fundamentais da Constituição estadunidense ou de direito internacional.

blower se traduziu ou não em expor transgressões de determinado tipo por parte do Estado em causa.

Obviamente, a ideia de proporcionar asilo político a *whistleblowers* que revelem segredos de Estados politicamente próximos expõe-se à crítica de que encoraja a violação das leis de protecção de segredos de Estado, colocando os Estados democráticos em desvantagem relativamente a Estados governados segundo outros modelos. Porém, recusar a extradição de *whistleblowers* nos específicos casos indicados é menos limitador da cooperação do que a regra clássica e absoluta de não extradição por crimes políticos, que se mantém anacronicamente em vigor em várias relações interestaduais onde não é justificada. Além disso, de uma perspectiva pragmática e estratégica, é muito discutível que haja vantagem em forçar indivíduos como Edward Snowden a exilarem-se em Estados considerados diplomaticamente *hostis*. Regressando ao plano jurídico –aquele que aqui mais importa–, o ponto que considero importante sublinhar é o de que, no quadro normativo e axiológico do direito penal transnacional, há argumentos fortes no sentido de *não* se dever extraditar *whistleblowers* mesmo que a extradição seja pedida por um Estado para o qual pode geralmente extraditar-se uma pessoa acusada da prática de crimes políticos. Porque a afinidade axiológica que seria logo à partida necessária para a extradição ter lugar não se estende a actos que consistem em revelar uma traição, por parte de um Estado, à sua própria estrutura axiológica.

III.2 Secessão

Outro difícil problema que a erosão do princípio da não extradição por crimes políticos insta a ponderar é o dos actos de secessão, que é o problema essencial subjacente aos mandados de detenção europeus emitidos pela Espanha à Bélgica e à Alemanha relativamente a Carles Puigdemont e a outros políticos catalães. A razão pela qual os actos secessionistas ou separatistas colocam grandes dificuldades teóricas aos Estados democráticos reside no facto de que esses actos podem representar um exercício de autodeterminação democrática. Assim, mesmo que um Estado nutra uma profunda empatia política e axiológica por outro Estado, essa empatia poderá ficar prejudicada quando estejam em causa actos cometidos em nome de valores que integram o próprio núcleo dessa empatia. Sobretudo quando sejam cometidos de forma pacífica.

Mas o problema aqui é mais complexo e intrincado do que no caso do *whistleblowing*. É que a referida afinidade ou empatia só ficará prejudicada se a causa separatista for bem fundada. E isso já não constitui uma questão de

direito penal (seja nacional seja transnacional), mas uma pura questão de direito internacional público, que só pode ser discutida no âmbito deste ramo do Direito²⁵: se a reivindicação for manifestamente infundada, então não estaremos perante um verdadeiro exercício de autodeterminação e, portanto, os laços necessários para os Estados cooperarem penalmente mantêm-se intactos; mas, se houver razões sólidas a favor do reconhecimento de um novo Estado²⁶, então a recusa da cooperação já deverá ser seriamente ponderada.

Assim, as questões penais que se colocam nesta constelação de casos então intrinsecamente subordinadas a questões de direito internacional geral. Por isso, requerem redobrada prudência da parte do Estado requerido. Além disso, a «quebra» da afinidade entre os Estados é, aqui, tendencialmente menos enfática do que no caso do *whistleblowing*. Neste último caso, pode considerar-se que não existe *de todo* um ataque à estrutura sócio-política do Estado. Em contraste, no caso da secessão não deixa de existir um ataque a essa estrutura, embora possa considerar-se *justificado*, por se fundar no exercício de valores com força pelo menos idêntica à daqueles que se atacaram –o que, aos olhos de um Estado estrangeiro, pode retirar-lhes a «ilicitude» necessária para cooperar na sua repressão penal²⁷.

IV. CONCLUSÃO

Não existem razões de princípio para um Estado recusar a cooperação a outro Estado relativamente a crimes políticos quando entre esses Estados exista afinidade política, jurídica e axiológica. Na verdade, nestes casos, a abolição do princípio da não extradição por crimes políticos mais não representa do que uma explicitação daquela que foi sempre a *realpolitik* em matéria de extradição. Essa explicitação aumenta a transparência dos processos decisórios, o que, por si só, já permite considerá-la salubre.

Abandonado o mito da não extradição por crimes políticos, impõe-se agora reflectir sobre algumas constelações especiais de crimes políticos relativamente aos quais a extradição pode ser injustificada. São disso exemplos paradigmáticos o *whistleblowing* e a secessão, que têm como decisivo denomi-

²⁵ Sobre o tema, vd. e.g. J. VIDMAR, *Democratic Statehood in International Law: The Emergence of New States in Post- Cold War Practice*, Oxford: Hart, 2013, p. 39 s. e 139 s.

²⁶ Designadamente em face das normas de costume internacional codificadas na Convenção de Montevideo de 1933 sobre os Direitos e Deveres dos Estados – embora possa dizer-se que, em vários aspectos, a Convenção de Montevideo levanta mais dúvidas do que oferece respostas (cf. *ibid.*, p. 39 s.).

²⁷ Naturalmente, o termo «ilicitude» é aqui utilizado de forma apenas metafórica e não tem o mesmo sentido que na dogmática penal.

nador comum o facto de as condutas penalmente relevantes não atentarem contra a ordem axiológica do Estado a que se dirige, mas serem antes praticadas precisamente em defesa dessa ordem axiológica ou em nome de valores que a integram.

Do ponto de visto dogmático, o interesse desta perspectiva está em que ela opera uma *cisão* dentro do conceito de crimes políticos. Na visão das coisas aqui defendida, o exercício normativo crucial para determinar se um Estado deve ou não cooperar com outros Estados já não reside em determinar se os actos em causa têm ou não natureza política. A fronteira –não sendo fácil de traçar, como nunca o são as fronteiras que procuram cortar áreas cinzentas– passa a fundar-se numa avaliação mais ampla, que não presta apenas consideração aos actos praticados pelo agente, mas também a factores como a conduta do próprio Estado requerido e ao nexos entre aqueles actos e estes factores. Em certos casos, essa avaliação inviabilizará a cooperação entre duas democracias, em nome dos próprios valores democráticos.

**¿UN NUEVO MODELO DE DERECHO
PENAL SEXUAL?**

«SOLO SÍ ES SÍ»: HACIA UN MODELO COMUNICATIVO DEL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN¹

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho penal, Universidade da Coruña, España
Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Australia

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento es el elemento que marca la diferencia entre el sexo y los delitos contra la libertad sexual en el Derecho Penal español. Su ausencia ya se reconocía como un elemento necesario del delito de violación en los códigos penales del siglo XIX, que aludían como medios típicos a la fuerza o violencia, la intimidación, la privación de sentido o de razón (posteriormente, el abuso de la enajenación de la víctima) y la minoría de edad. Se partía de que la violencia, fuerza o intimidación se empleaban para vencer la voluntad opuesta de la víctima que, obviamente, no consentía, mientras que en los casos de privación de sentido o de razón la víctima no estaba en situación de consentir o era incapaz de hacerlo. Tratándose de menor de doce años, el consentimiento que eventualmente hubiera prestado era inválido por mandato de la ley. En el Código Penal de 1995, la ausencia de consentimiento se inte-

¹ Este artículo se ha escrito en el marco de los proyectos PROMETEO 2018/111 (Claves de la Justicia Civil y Penal en el sociedad del miedo), de la Generalitat Valenciana; «Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación» (DER2017-82390-R), del Ministerio de Ciencia e Innovación; y de la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (ED431C 2019/18).

gra expresamente en la definición del delito de abuso sexual, que se comete «sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento», y de forma tácita en la del delito de agresión sexual, que se comete «con violencia o intimidación» y, se sobreentiende, sin consentimiento. En la actualidad, pues, en España es necesaria, pero no suficiente, la ausencia de consentimiento para que se pueda hablar de violación, pues se requiere que además concorra violencia o intimidación. Se califican como abuso sexual y se castigan con una pena inferior los casos de víctimas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias o sobre personas incapaces de resistirse, sea por incapacidad física (tetraplégicos) o psicológica (bloqueo emocional). También se consideran abusos sexuales, aunque no se mencionen expresamente en la ley, los ataques sorpresivos, que no dan tiempo a la víctima a manifestar el sentido de su voluntad, así como los casos en que la expresa y no es respetada por el autor.

En ello no se diferencia mucho el Ordenamiento jurídico español del de otros países de nuestro entorno². Sin embargo, a nivel comparado esta situación empezó a cambiar a finales del siglo xx. Una oleada de reformas legislativas ha recorrido el mundo occidental con el declarado objetivo de convertir la ausencia de consentimiento en el eje sobre el que giren los delitos sexuales, abandonando la tradicional definición de la violación sobre la base de la concurrencia de violencia, fuerza o intimidación³. La exigencia del empleo de estos medios por parte del autor y de resistencia por parte de la víctima se considera rechazable por partir de una concepción de la sexualidad femenina en términos del valor de

² Cfr. Amnesty International, *Right to be free from rape. Overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards*, 2018, disponible en la página web <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>. Sobre la definición tradicional de la violación como la imposición del acto sexual con violencia, fuerza o intimidación, y su significado para la protección de las mujeres, *vid.*, entre otros, ESTRICH, S., *Real Rape*, Harvard University Press, 1987, pp. 27-40.

³ Se han producido reformas en esta línea, entre otros países, en Alemania, Escocia, Inglaterra y País de Gales o Suecia. *Vid.* sobre Alemania HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», *German Law Journal* 18, 2017, pp. 1309-1330; sobre Escocia, COWAN, S., «All change or business as usual? Reforming the law of rape in Scotland», en MCGLYNN, C./ MUNRO, V. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge-Cavendish, 2010, pp. 154-167; acerca de Inglaterra y País de Gales, MCGLYNN, C., «From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape», en MCGLYNN, C./ MUNRO, V. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge-Cavendish, 2010, pp. 139-152; sobre Suecia, NILSSON, G., «Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse», en BRUVIK HEINSKOU, M./ SKILBREI, M.-L./ STEFANSEN, K. (eds.), *Rape in the Nordic countries: Continuity and change*, Routledge, 2020, pp. 101-119. Hay proyectos en marcha en Dinamarca, España, Finlandia, Grecia y Portugal, entre otros países europeos.

la mujer en el mercado matrimonial⁴ y de considerar prioritario evitar falsas acusaciones de violación⁵, que son muy fáciles de hacer y muy difíciles de refutar. Al prescindir de la violencia, fuerza o intimidación, es suficiente que la víctima dé a conocer su falta de consentimiento de alguna manera reconocible para el autor, que se hace merecedor de pena cuando no respeta la negativa de la víctima. Esta posición se recoge sintéticamente en el aforismo «no es no». En esta dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado la obligación positiva de los Estados de castigar todo sexo no consentido, y no solo el que se produce gracias al empleo de violencia física⁶.

Los movimientos feministas han promovido las reformas legales que ponen el consentimiento en el centro de la definición de la violación porque las interpretan como un cambio progresista que favorece la protección de las mujeres⁷ e, indirectamente, también de otros grupos marginados por la moral sexual dominante⁸. Pero no es fácil determinar qué es el consentimiento, un concepto que se puede llenar de muy distinto contenido⁹, como demuestra la

⁴ De lo que es prueba la agravación de algunos códigos cuando la víctima era mujer casada (con otro), la impunidad (legal o de facto) de la violación dentro del matrimonio, la eficacia del matrimonio entre autor y víctima como causa de levantamiento o de atenuación de la pena, la obligación de dotar a la víctima si el autor no se casaba con ella, la posibilidad de que denunciaran el delito no solo la víctima, sino también sus padres, hermanos, abuelos, tutor o curador, etc.

⁵ Preocupación que se observa ya tempranamente. De ahí que se exigiera la presencia de signos de lucha que corroboraran el relato de la víctima y se considerara razonable la exención marital. *Vid.* HALE, M., *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown. Volume 2*, E. and R. Nutt and R. Gosling editors, 1736 (reimpr. 1971), p. 635. Al respecto, RUMNEY, P. N. S., «False allegations of rape», *The Cambridge Law Journal* 65(1), 2006, pp. 128-158, 128; LEES, S., «Unreasonable Doubt: the Outcomes of Rape Trials», en HESTER, M./ KELLY, L./ RADFORD, J. (eds.), *Women, Violence and Male Power*, Open University Press, 1996, pp. 99-115, 110.

⁶ MC v Bulgaria (2005) 40 EHRR 20. Sobre el significado de esta sentencia, *vid.* CONAGHAN, J., «Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M. C. V. Bulgaria», *Feminist Legal Studies* 13(1), 2005, pp. 145-157; ERIKSSON, M., *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?* Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 177 ss.

⁷ *Vid.*, entre otros, SCHULHOFER, S. J., *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, 1998, p. 254; HENDERSON, L., «Getting to Know: Honoring Women in Law and in Fact», *Texas Journal of Women & the Law* 2, 1993, pp. 41-73, 64; ESTRICH, *Real Rape*, cit., p. 103. En este trabajo se parte de la violación como un delito que cometen hombres contra mujeres y niñas. Con ello no se pretende negar la realidad ni minimizar la gravedad de la violación de hombres y niños. Sin embargo, estos supuestos no solo son menos frecuentes, sino que tienen características propias que los distinguen de los casos más habituales de víctimas femeninas, características que no pueden ser atendidas en este momento.

⁸ Al situar el consentimiento como el marcador que distingue las relaciones sexuales atípicas, se sienta también un precedente difícil de ignorar a la hora de plantearse la criminalización de ciertos comportamientos sexuales consensuales pero rechazados por la moral religiosa, como el sexo anal o las relaciones homosexuales. De ahí que el modelo consensual también haya recibido apoyo por parte de los movimientos de defensa de los derechos de las personas homosexuales y otras minorías sexuales.

⁹ Cfr. COWAN, S., «'Freedom and capacity to make a choice'. A feminist analysis of consent in the criminal law of rape», en MUNRO, V. E./ STYCHIN, C. F. (eds.), *Sexuality and the Law. Feminist Engagements*, Routledge, 2007, p. 53.

doctrina internacional y comparada que ha explorado extensamente la nueva definición de la violación como penetración sexual no consentida¹⁰. Y es que, aun suponiendo un avance respecto de la regulación anterior, también esta posición ha sido objeto de críticas, porque ha resultado en la desprotección de muchas mujeres incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarla en el juicio. Por ello, en los últimos años se ha propuesto ir más allá y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento («no es no»), sino la de su concurrencia («solo sí es sí»), de forma que el autor se haga merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su aquiescencia. E incluso se va más allá, pues en los últimos años se propone por un sector doctrinal un paradigma comunicativo que, partiendo del consentimiento afirmativo, pretende que se preste más atención a las circunstancias concurrentes que pueden limitar la libertad y autonomía de las mujeres, de forma que incluso un sí expreso pueda ser interpretado en algunos casos como una negativa. En esta línea, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul) obliga a las partes a centrar la definición de la violación en la ausencia de consentimiento, y exige que este se preste voluntariamente, como manifestación

¹⁰ *Id.*, entre otros, RUMNEY, P. N. S., «The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?», *Modern Law Review* 64(6), 2001, pp. 890-910, 898 ss.; PAVARANI, C., «Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone», *Indice penale* 2002-II, pp. 771 ss.; FINCH, E./MUNRO, V. E., «Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape», *Criminal Law Review* 2003, pp. 773-787; POWER, H., «Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies* 23(3), 2003, pp. 379-404; RUMNEY, P. N. S./MORGAN-TAYLOR, M., «The Construction of Sexual Consent in Male Rape and Sexual Assault», en COWLING, M. (ed.), *Making Sense of Sexual Consent*, Ashgate, 2004, pp. 141-170; TEMKIN, J./ASHWORTH, A., «The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of Consent», *Criminal Law Review* 2004, pp. 328 ss.; MUNRO, V. E., «Concerning Consent: Standards of Permissibility in Sexual Relations», *Oxford Journal of Legal Studies* 25(2), 2005, pp. 335-352; COWAN, S., «Choosing Freely: Theoretically Reframing the Concept of Consent», en HUNTER, R./COWAN, S. (eds.), *Choice and Consent: Feminist Engagements with Law and Subjectivity*, Routledge, 2007, pp. 91-105; ELLIOT, C./DE THAN, C., «The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law», *The Modern Law Review* 70(2), 2007, pp. 225-249; CARD, R./GILLESPIE, A. A./HIRST, M., *Sexual Offences*, Jordans, 2008, pp. 47 ss.; MUNRO, V., «Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy», *Akron Law Review* 41(4), 2008, pp. 923-956; BUCHHANDLER-RAPHAEL, M., «The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power», *Michigan Journal of Gender and Law* 18(1), 2011, pp. 147-228; DEMPSEY, M., «Victimless Consent and the Volenti Maxim: How Consent Works», *Criminal Law and Philosophy* 7(1), 2013, pp. 11-27; GRUBER, A., «Not Affirmative Consent», *The University of the Pacific Law Review* 47(4), 2017, pp. 683-707; de la misma autora, «Consent Confusion», *Cardozo Law Review* 38(2), 2016, pp. 415-458; PALMER, T., «Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and Freedom to Negotiate», en REED, A./BOHLANDER, M./WAKE, N./SMITH, E. (eds.), *Consent: domestic and comparative perspectives*, Routledge, 2017, pp. 9-24; SCHULHOFER, S. J., «Consent: What It Means and Why It's Time to Require It», *The University of the Pacific Law Review* 47(4), 2017, pp. 665-681.

del libre arbitrio de la persona considerado *en el contexto de las condiciones circundantes*¹¹.

Estas propuestas, si bien tienen en común su alejamiento de la definición tradicional de la violación sobre la base de la violencia, la fuerza o la intimidación, se distinguen por cómo delimitan, si es que lo hacen, el consentimiento o su ausencia y, por tanto, por cómo determinan el acceso al cuerpo femenino: si el modelo consensual parte de la disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no¹², tanto el consentimiento afirmativo como el modelo comunicativo parten del supuesto contrario, la indisponibilidad por principio salvo que la persona manifieste su asentimiento¹³, de forma que el silencio y la pasividad no cuentan como expresión del consentimiento. A continuación, se analizan las ventajas y desventajas tanto del modelo consensual como del comunicativo. Se ha utilizado casi exclusivamente literatura anglo-americana. El objetivo es contribuir a la discusión sobre la definición de la violación que se está produciendo en estos momentos en España¹⁴ mediante la toma en consideración del debate sobre consentimiento, autonomía y violación que, desde finales del siglo xx, ha agitado las aguas de nuestro entorno socio-cultural.

¹¹ Art. 36: «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno».

¹² Cfr. DRIPPS, D. A., «Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent», *Columbia Law Review* 92(7), 1992, pp. 1780-1806; ESTRICH, *Real Rape*, cit., p. 103.

¹³ Vid. SCHULHOFER, *The University of the Pacific Law Review* 47(4), 2017, p. 670; del mismo autor, «The Feminist Challenge in Criminal Law», *The University of the Pacific Law Review* 143, 1995, pp. 2151-2207, 2181; del mismo autor, *Unwanted Sex*, cit., p. 271.

¹⁴ Sobre la que ya me he pronunciado en FARALDO CABANA, P./ RAMON RIBAS, E., «La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en FARALDO CABANA, P./ ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 247-296; de los mismos autores, ««Solo sí es sí», pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XL, 2020, pp. 21-42. Vid. también FARALDO CABANA, P., «Razones para la reforma del delito de violación», en BARONA VILAR, S. (ed.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 177-204; de la misma autora, «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pp. 251-279.

II. LA VIOLACIÓN COMO PENETRACIÓN SEXUAL NO CONSENTIDA DEL CUERPO DE OTRA PERSONA

La superación del modelo decimonónico de violación basado en el empleo de violencia, fuerza o intimidación supone dar entrada al modelo consensual, esto es, a una nueva configuración de la violación como un delito que se comete sin consentimiento de la víctima. Esto significa que para que se produzca la violación es necesario que la persona manifieste su oposición, verbalmente o de cualquier otra forma reconocible para el autor, y que este no la respete, lo que se expresa a través del aforismo «no es no».

Ahora bien, es necesario subrayar que la construcción de la violación en torno a la manifestación de la ausencia de consentimiento obliga a la víctima a decir que no o a expresar esa negativa de alguna otra forma. Ello supone cargar a la víctima con la responsabilidad de lo sucedido cuando no es capaz de expresar su negativa, sea porque queda psicológicamente bloqueada por el shock o el miedo¹⁵, sea porque es incapaz de expresarse, resistir o huir por su estado etílico, el consumo de drogas o cualquier otra circunstancia limitante. Su incapacidad se interpreta como consentimiento cuando en realidad es sometimiento y sumisión, como también lo es cuando las circunstancias que rodean el sí eventualmente prestado son tales que impiden hablar de un consentimiento libre. Además, incluso cuando la víctima es capaz de expresar su negativa, ese «no» es trivializado por los prejuicios sexistas existentes en la sociedad, como cuando se dice que las mujeres dicen no cuando quieren decir sí¹⁶, o cuando se atribuye a los hombres un desmedido apetito sexual, que les

¹⁵ La parálisis involuntaria en situaciones de peligro ha sido ampliamente documentada y es objeto de estudio desde los años 70. Cfr. ya SUÁREZ, S. D./ GALLUP, G. G., «Tonic Immobility as a Response to Rape in Humans. A Theoretical Note», *The Psychological Record* 29, 1979, pp. 315-320. Más recientemente, vid. MÖLLER, A./ SÖNDERGAARD, H. P./ HELSTRÖM, L., «Tonic immobility during sexual assault», *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica* 96(8) 2017, pp. 932-938; KALAF, J., *et al.*, «Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma - A population based study», *Journal of Affective Disorders* 215, 2017, pp. 71-76; KALAF, J. *et al.*, «Peritraumatic tonic immobility in a large representative sample of the general population: association with posttraumatic stress disorder and female gender», *Comprehensive Psychiatry* 60, 2015, pp. 68-72; VOLCHAN, E., *et al.*, «Is there tonic immobility in humans? Biological evidence from victims of traumatic stress», *Biological Psychology* 88(1), 2011, pp. 13-19; BOVIN, M. J., *et al.*, «Tonic immobility mediates the influence of peritraumatic fear and perceived inescapability on posttraumatic stress symptom severity among sexual assault survivors», *Journal of Traumatic Stress* 21(4), 2008, pp. 402-409; FUSE, T., *et al.*, «Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors: an exploratory and Confirmatory Factor Analysis», *Journal of Anxiety Disorders* 21(3), 2007, pp. 265-283.

¹⁶ Cfr. MUEHLENHARD, C. L./ ROGERS, C. S., «Token Resistance to Sex: New Perspectives on an Old Stereotype», *Psychology of Women Quarterly* 22(3), 1998, pp. 443-463, que resaltan que la gran mayoría de las personas que dicen que «no» en realidad quieren decir justamente eso; SHOTLAND, R. L./ HUNTER, B. A., «Women's 'Token Resistant' and Compliant Sexual Behaviors Are Related to Uncertain Sexual Intentions and Rape», *Personality and Social Psychology Bulletin* 21(3), 1995, pp. 226-236, 230.

lleva a tomar la iniciativa y a insistir incluso tras un rechazo inicial, y se supone que las mujeres no lo tienen, por lo que son reticentes¹⁷.

Por estos motivos se ha dado un paso más, pasando del «no es no» al «solo sí es sí». La fórmula del consentimiento afirmativo incorpora, en el fondo, una obviedad: solo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por las partes; no necesariamente deseada, pero sí, al menos, aceptada como manifestación de una decisión libre. Pero se afirma que es preciso subrayarlo, pues en la práctica existe un muy extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. La postura feminista a favor del consentimiento afirmativo ha sido ridiculizada por sus oponentes y por una parte importante de la sociedad, que ha bromeado sobre la necesidad de un notario en el dormitorio, prestar el consentimiento a través de una app o verse obligados a preguntar cada dos por tres a la pareja si se sigue o no. Se olvida que no es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial (al margen de su revocabilidad en cualquier momento). Lo que importa del consentimiento afirmativo es que no es posible seguir ignorando si, en realidad, una persona consiente o no en participar en una actividad sexual. Debe haber signos inequívocos que expresen con claridad la voluntad de la persona, que esta consiente participar. No hay silencio si, pese a no haber palabras, las acciones, expresiones o gestos no evidencian voluntad de participar. Hay verdadero silencio cuando faltan todos ellos, y entonces, el silencio es negativo. El modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social. En caso de silencio o de duda, debe entenderse que no hay consentimiento. Se produce, pues, un cambio de paradigma: el silencio y la inexpresividad no deben entenderse como consentimiento, sino como su ausencia.

El consentimiento afirmativo ha recibido una entusiasta acogida por buena parte del movimiento feminista¹⁸. Se ha recogido ya en algunos Ordena-

Este estereotipo puede ocasionar errores en la interpretación de la negativa. Vid. OSMAN, S. L., «Predicting Men's Rape Perceptions Based on the Belief That 'No' Really Means 'Yes'», *Journal of Applied Social Psychology* 33(4), 2003, pp. 683-692; EMMERS-SOMMER, T. M., «Do Men and Women Differ in their Perceptions of Women's and Men's Saying «No» When They Mean «Yes» to Sex?: An Examination Between and Within Gender», *Sexuality & Culture* 20, 2015, pp. 373-385.

¹⁷ HUMPHREYS, T., «Understanding sexual consent: An empirical investigation of the normative script for young heterosexual adults», en COWLING, M./ REYNOLDS, P. (eds.), *Making Sense of Sexual Consent*, Ashgate, 2004, pp. 209-225; WIEDERMAN, M. W., «The Gendered Nature of Sexual Scripts», *The Family Journal* 13(4), 2005, pp. 496-502, 497-498.

¹⁸ Vid., entre otros, WILLIAMS JIMÉNEZ, I., «¿Por qué tenemos que reevaluar el consentimiento en el contexto de la violencia sexual?», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 5(1), 2020, pp. 152-155, 154; SCHULHOFER, *The University of the Pacific Law Review* 47(4), 2017, *passim*; MACAULAY MILLAR, T., «Toward a Performance Model of Sex», en FRIEDMAN, J./ VALENTI, J. (eds.), *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and a World Without Rape*, Seal Press, 2008, pp. 39-40; ANDERSON, M. J., «Negotiating Sex», *Southern California Law Review* 78(6), 2005, pp. 1407 ss.

mientos y está en vías de ser aprobado en otros, como el español. Pero, como veremos, no está exento de críticas.

III. CRÍTICAS AL MODELO CONSENSUAL

Un importante sector de la doctrina feminista entiende que el modelo consensual, basado en la necesidad de que la víctima manifieste sea su negativa sea su aceptación, no es una forma adecuada de distinguir las relaciones sexuales de la violencia sexual¹⁹.

Se ha dicho, en primer lugar, que el sujeto que consiente es el epítome del sujeto racional liberal²⁰. En el discurso liberal, el consentimiento se ha asociado históricamente a nociones como la autonomía y la libre elección²¹. Es el mecanismo por el que un sujeto ejerce su autonomía confiriendo ciertos derechos a otra persona o asumiendo obligaciones. En las relaciones sexuales, el consentimiento permite que el sujeto controle el acceso de otras personas al propio cuerpo. En concreto, las mujeres controlan el acceso de los hombres a su cuerpo, lo que se concibe como un reconocimiento de la autonomía y libertad de elección de las mujeres, al romper la caracterización patriarcal de las mujeres como meros anexos o seres dependientes del varón²². Ahora bien, este modelo invoca un dualismo cartesiano en el que cuerpo y mente están separados²³. La autonomía se construye como un proceso cognitivo de reflexión y elección racional que oculta el papel central que juegan en las decisiones humanas las sensaciones, las emociones y la realidad corporal, física, en particu-

¹⁹ A continuación se exploran estas críticas, teniendo en cuenta que quienes las hacen entienden, en cualquier caso, que el modelo consensual, con todas las objeciones que plantea, es mejor que el anterior, basado en el uso de violencia, fuerza o intimidación, pero también que debe entenderse como un sistema de transición hacia un concepto más revolucionario. Cfr. PALMER, «Distinguishing sex from sexual violation», cit., pp. 16 ss.

²⁰ MUNRO, *Akron Law Review* 41(4), p. 923.

²¹ Cfr. HURD, H., «The Moral Magic of Consent», *Legal Theory* 2(2), 1996, pp. 121-146, 123. Críticamente, DEMPSEY, *Criminal Law and Philosophy* 7(1), 2013, pp. 12-15. Habla de los efectos «transformadores» del consentimiento GREEN, S. P., *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, 2020, p. 25, con ulteriores referencias bibliográficas.

²² REYNOLDS, P., «Women's Agency and the Fallacy of Autonomy: The Example of Rape and Sexual Consent», en MARWAY, H./ WIDDOWS, H. (eds.), *Women and Violence. Genders and Sexualities in the Social Sciences*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 197. Como señalan GARDNER, J./ SHUTE, S., «The Wrongness of Rape», en HORDER, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 2000, p. 207, la capacidad para consentir libremente es el elemento constitutivo de la autonomía en materia sexual.

²³ LACEY, N., «Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 11(1), 1998, pp. 47-68; de la misma autora, *Unspeakable Subjects. Feminist essays in legal and social theory*, Hart, 1998, p. 117; COWAN, S., «Choosing Freely», cit., pp. 94-97.

lar en el área de la sexualidad²⁴. Ello produce varias consecuencias relevantes. En primer lugar, el injusto de la violación se centra en la libertad, al tratarse de un acto contrario a la voluntad de la víctima. Se descuida el aspecto físico de la violación, el daño causado por la experiencia corporal de la penetración combinada con el significado cultural y personal que produce el contacto forzado a tan íntimo nivel²⁵. En segundo lugar, el consentimiento así concebido hace que los potenciales compañeros de cama se vean sea como una amenaza, por la posibilidad de que no respeten los límites impuestos, sea como un obstáculo que hay que vencer para poder satisfacer el propio deseo sexual, y no como partícipes en la creación de una experiencia mutuamente satisfactoria²⁶. En tercer lugar, el énfasis de este paradigma liberal en la racionalidad y la creación de límites físicos o psíquicos facilita la exclusión de quienes no encajan bien en la categoría de sujeto racional. De ello es prueba la existencia de regulaciones especiales para personas con trastorno mental, ebrias o drogadas, y para menores, regulaciones que cuestionan la supuesta neutralidad del consentimiento y la subjetividad liberal al revelar su desigual aplicación en la práctica²⁷.

Otra objeción al modelo consensual tiene que ver con el hecho de que el consentimiento implica una relación asimétrica entre las partes. El consentimiento supone que una de las partes hace una sugerencia o una solicitud, y la otra tiene dos opciones: aceptarla o rechazarla²⁸. En el contexto sexual, implica que el sexo consiste en que una persona (la activa, por definición el hombre) le hace algo a otra (la pasiva, la mujer), que se deja hacer²⁹, ya que en este ámbito «el verbo consentir aparece como un verbo «femenino», inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consenti-

²⁴ PALMER, T, *Renegotiating Sex and Sexual Violation in the Criminal Law*, Hart, 2015.

²⁵ COWAN, S., «Choosing Freely», cit., p. 97; CAHILL, A., *Rethinking Rape*, Cornell University Press, 2001, p. 197; DRIPPS, *Columbia Law Review* 92(7), 1992, pp. 1780-1809.

²⁶ Ya NEDELSKY, J., «Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities», *Yale Journal of Law and Feminism* 1(1), 1989, p. 12.

²⁷ PALMER, T., «State Control of Consensual Sexual Behaviour Through the Sexual Offences Act 2003», en REED, A./ ASHFORD, C./ WAKE, N. (eds.), *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*, Cambridge Scholars Publishing, 2016.

²⁸ VEATCH, R. M., «Abandoning Informed Consent», *The Hastings Center Report* 25(2), 1995, pp. 5-12, 5.

²⁹ Cfr. ANDERSON, *Southern California Law Review* 78(6), 2005, p. 1408; TADROS, V., «No Consent: A Historical Critique of the Actus Reus of Rape», *Edinburgh Law Review* 3(3), 1999, pp. 317-340, 317; NAFFINE, N., «Possession: Erotic Love in the Law of Rape», *The Modern Law Review* 57(1), 1994, pp. 10-37; MACKINNON, C. A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989, p. 174; PATEMAN, C., «Women and Consent», *Political Theory* 8(2), 1980, pp. 149-168, 164.

miento femenino»³⁰. Pero las partes no se encuentran en la misma posición. Por un lado, porque las consecuencias de que no se respete la voluntad de cada una de ellas son muy distintas. Por otro, porque los roles de género determinados social y culturalmente determinan quién es la persona apropiada para proponer y quién la que debe poner límites³¹. Además, el modelo consensual conlleva de forma natural que en el proceso haya que preguntar por la actitud de la víctima, teniendo en cuenta lo que dijo, pero también su comportamiento no verbal, pues ambos pueden inducir a error al autor. Es la víctima quien se ve sometida a juicio, una experiencia particularmente traumatizante que ha llegado a ser calificada como una segunda violación³².

A ello se añade que el consentimiento presupone un acto cuyos parámetros son claros e inmutables. Sin embargo, a diferencia de otras actividades, que adoptan una forma muy específica cuya variabilidad puede ser controlada por la parte interesada, el acto sexual adopta múltiples formas imposibles de predecir en el momento de prestar el consentimiento. No solo el consentimiento prestado para una práctica no implica que otras también sean aceptadas, sino que puede ser retirado o reducido en su alcance en cualquier momento.

A mayores, cabe señalar que numerosos estudios apuntan a que entre hombres y mujeres hay frecuentes malentendidos en lo que se refiere a la percepción de la disponibilidad sexual de un miembro del otro sexo³³. Hay sesgos de género que llevan a que los hombres, más que las mujeres, perciban como señales de disponibilidad sexual que las mujeres beban alcohol en compañía masculina, acepten sus invitaciones, lleven ropa provocativa, vayan a la propia vivienda con un hombre, acepten ir a la de él, flirteen o participen en ciertas

³⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, Y., «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología* 78(4), 2016, pp. 741-767, 742.

³¹ GAVEY, N., *Just Sex? The Cultural Scaffolding of Rape*, Routledge, 2005.

³² Vid. MADIGAN, L./ GAMBLE, N., *The Second Rape: Society's Continued Betrayal of the Victim*, Lexington Books, 1991.

³³ Cfr. ARCHARD, D., *Sexual Consent*, Westview Press, 1998, p. 34; ANDERSON, *Southern California Law Review* 78(6), 2005, pp. 1417-1420. Sin embargo, otros autores han encontrado evidencias de que cuando las mujeres dicen que no al sexo lo hacen de forma consistente con otras normas conversacionales relativas al rechazo, en general, y que los hombres indican ser conscientes de que esa negativa es un rechazo. Cfr. BERES, M., «Rethinking the Concept of Consent for Anti-Sexual Violence Activism and Education», *Feminism and Psychology* 24(3), 2014, pp. 373-389, 377; O'BYRNE, R./ HANSEN, S./ RAPLEY, M., ««If a girl doesn't say 'no'...»: Young men, rape and claims of 'insufficient knowledge'», *Journal of Community & Applied Social Psychology* 18(3), 2008, pp. 168-193; O'BYRNE, R./ RAPLEY, M./ HANSEN, S., «'You Couldn't Say "No", Could You?': Young men's understandings of sexual refusal», *Feminism & Psychology* 16(2), 2006, pp. 133-154; KITZINGER, C./ FRITH, H., «Just say no? The use of conversation analysis in developing a feminist perspective on sexual refusal», *Discourse & Society* 10(3), 1999, pp. 293-316.

prácticas sexuales³⁴, incluso aunque manifiesten verbalmente su negativa al acto sexual³⁵. De hecho, en no pocas ocasiones, la negativa expresa se toma como una invitación a seguir insistiendo.

Por último, se opone al modelo consensual que descontextualiza las relaciones sexuales³⁶. Poner el foco en el consentimiento puede dificultar el análisis de las circunstancias en que se presta, esto es, el contexto de las condiciones circundantes. La coerción sexual, el engaño, la minoría de edad, el estado de embriaguez, la desigualdad económica, la diferente posición social, la dinámica relacional... son factores que pueden cuestionar la validez del consentimiento³⁷. Un sector radical del feminismo defiende incluso que la estructura patriarcal de la sociedad impide que las mujeres puedan consentir libremente: el consentimiento se sustenta sobre el argumento de la negociación autónoma e igualitaria, premisa que es contraria al hecho de la supremacía masculina y la falta de poder de las mujeres, lo que produce como consecuencia la imposibilidad de que las mujeres hagan elecciones realmente libres, ya que los hombres siempre tienen más fuerza física, poder económico y poder político³⁸.

³⁴ Varios estudios sugieren que los hombres tienden a interpretar estas situaciones como una señal de disponibilidad sexual. Cfr. GRAHAM, K., *et al.*, ««Blurred Lines?» Sexual Aggression and Barroom Culture», *Alcoholism, clinical and experimental research* 38(5), 2014, pp. 1416-1424; FARRIS, C., *et al.*, «Sexual Coercion and the Misperception of Sexual Intent», *Clinical Psychology Review* 28(1), 2008, pp. 48-66; LINDGREN, K. P., *et al.*, «Gender differences in perceptions of sexual intent: A qualitative review and integration», *Psychology of Women Quarterly* 32(4), 2008, pp. 423-439; HENNINGSEN, D. D., «Flirting with Meaning: An Examination of Miscommunication in Flirting Interactions», *Sex Roles* 50, 2004, pp. 481-489, 487-488; ABBEY, A., *et al.*, «Alcohol's Effects on Perceptions of a Potential Date Rape», *Journal of Studies on Alcohol* 64(5), 2003, pp. 669-677, 675; KOUKOUNAS, E./ LETCH, N. M., «Psychological correlates of perception of sexual intent in women», *The Journal of Social Psychology* 141(4), 2001, pp. 443-456.

³⁵ Cfr. DECKER, J. F./ BARONI, P. G., ««No» Still Means «Yes»: The Failure of the «Non-Consent» Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law», *Journal of Criminal Law and Criminology* 101(4), 2011, pp. 1081-1169, 1082. LITTLE, N. J., «From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law», *Vanderbilt Law Review* 58(4), 2005, pp. 1321-1364.

³⁶ Cfr. WEAIT, M., «Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v Dica», *Modern Law Review* 68(1), 2005, pp. 120-133; COWAN, S., «Freedom», *cit.*, p. 52.

³⁷ Vid. DOWDS, E., «Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force», *The Modern Law Review* 83(1), 2020, pp. 35-63; PALMER, T., «Distinguishing Sex from Sexual Violation», *cit.*, p. 19; MUNRO, V. E., «From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape», en MCGLYNN, C./ MUNRO, V. E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge-Cavendish, 2010, pp. 26-27.

³⁸ MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989, p. 168; de la misma autora, *Feminism Unmodified: Discourses of Life and Law*, Harvard University Press, 1987, p. 100; BROWN MILLER, S., *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, 1975, pp. 267-268.

IV. HACIA UN MODELO COMUNICATIVO DE LA DEFINICIÓN DE VIOLACIÓN

Las críticas al modelo consensual dejan claro que no basta con centrarse en momentos fijos de consentimiento o resistencia para determinar si una mujer acepta o no participar en la relación sexual. Un sector de la doctrina propone un modelo distinto, basado en la comunicación, en el cual la comunicación explícita, verbal o no verbal, o su ausencia, se convierten en los elementos centrales de la definición de la violación y de la violencia sexual en el Derecho penal³⁹.

El modelo comunicativo recoge mejor que el puramente consensual la forma en que, en la práctica, se expresa la aceptación de una relación sexual: a través de la participación activa, con las dos personas dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un único acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada⁴⁰. Al enfatizar el diálogo recíproco, el modelo comunicativo anima a las partes a expresar lo que quieren y a prestar atención a lo que quiere su pareja. No es necesaria una comunicación verbal, porque la no verbal también es indicativa de la voluntad de las partes, como guiar la mano de la pareja a la zona donde uno quiere que le toquen, llorar en silencio o intentar apartar las manos del otro. Tiene la ventaja añadida de que centra la atención en el autor: en lugar de preguntar a la víctima si consintió o no, hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja llegando a un acuerdo sobre lo que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía⁴¹. Como en el caso del consentimiento afirmativo, cuando no ha habido comunicación alguna, sino solo silencio, hay que presumir que el sexo no es consentido⁴², correspondiendo al acusado la carga de la prueba de que sí lo fue, aun a pesar de que el sexo probablemente haya sido muy insatisfactorio para la otra parte⁴³. Es responsabilidad de cada una de las partes asegurarse de

³⁹ PINEAU, L., «Date Rape: A Feminist Analysis», *Law and Philosophy* 8(2), 1989, pp. 217-243, 231; FRANCIS, L. (ed.), *Date Rape: Feminism, Philosophy, and the Law*, The Pennsylvania University Press, 1996; COWAN, «Choosing Freely», cit., pp. 99-103; LITTLE, *Vanderbilt Law Review* 58(4), 2005, pp. 1321-1364; MACAULAY MILLAR, «Toward a Performance Model of Sex», cit., pp. 29-42.

⁴⁰ PINEAU, *Law and Philosophy* 8(2), 1989, p. 231; BERES, *Feminism and Psychology* 24(3), 2014, pp. 382-383; TADROS, V., «Rape without consent», *Oxford Journal of Legal Studies* 26(3), 2006, pp. 515-543.

⁴¹ ANDERSON, *Southern California Law Review* 78(6), 2005, p. 1423.

⁴² Claramente, ya REMICK, L. A., «Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape», *The University of the Pacific Law Review* 141(3), 1993, pp. 1103-1151, 1129.

⁴³ PINEAU, *Law and Philosophy* 8(2), 1989, p. 233.

que la otra ha manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto sexual.

La exigencia de que concurra el mutuo acuerdo entre las partes, de forma clara, patente, especificada, cumple, por otra parte, una doble función preventivo-general. El fin del Derecho penal, existe consenso al respecto, no es, simplemente, castigar, sancionar hechos que se consideran gravemente injustos, sino, sobre todo, prevenir que tales hechos se cometan, pues suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico relevante. Y lo hace desde dos perspectivas que se complementan:

– En primer lugar, el efecto preventivo de carácter negativo o intimidatorio se produce dirigiéndose a toda la ciudadanía, comunicándole que, si se mantienen relaciones sexuales sin mediar acuerdo con la pareja, cometen un delito y deberán ser castigados.

– En segundo lugar, el efecto preventivo de carácter positivo se produce al proclamar que un determinado bien, la libertad sexual, tiene un alto valor y, por ello, es merecedor de tutela penal. La destinataria del anuncio legal ahora es, una vez más, toda la ciudadanía, incluyendo los potenciales delincuentes, a quienes se informa de aquel reconocimiento; pero también ellas, las personas y, muy especialmente, las mujeres, que sean, pese a todo, objeto de atentados sexuales. Deben saber identificar cuándo son partícipes libres en un comportamiento sexual y cuándo son víctimas; poner nombre a lo que desean hacer, pero también a lo que padecen.

No se trata, por tanto, solo, ni principalmente, de no dejar margen a la impunidad de determinados actos, sino de despertar la conciencia social de que el ejercicio de la sexualidad debe ser libre⁴⁴. No es tolerable despreciar la voluntad de las personas, actuar con indiferencia hacia dicha voluntad o ignorarla deliberadamente, pues, de este modo, la persona deja de ser tratada como tal, con respeto por su dignidad y su libertad, y se convierte en víctima de otro. El anuncio legal debe ser manifiesto: no se pretende solo convencer intimidando, asustando, sino, asimismo, y muy especialmente, concienciando, dando a conocer lo que está mal y lo que está bien, fomentando la dignidad, la libertad, la igualdad.

⁴⁴ *Vid.*, sin embargo, BRYDEN, D., «Redefining Rape», *Buffalo Criminal Law Review* 3(2), 2000, pp. 317-479, 405-406, quien propone que el Derecho penal acepte las normas sociales tal y como están, sin pretender cambiar el consenso existente sobre ciertos comportamientos o actitudes.

La virtud del modelo comunicativo es situar en el centro del debate judicial lo que verdaderamente importa: no si hubo violencia o intimidación, ni un acto aislado de consentimiento, sino si hubo voluntad libre durante todo el acto, atendidas las circunstancias concurrentes. La comunicación sexual debe ser el centro de atención, y su ausencia el elemento nuclear de los tipos penales. En el juicio, la atención no debe requerirla, ni solo ni, primeramente, la actitud de la víctima: no interesa determinar solo si consintió o no, sino si ambos participaron en la relación como expresión de su libre voluntad, valorada en el contexto de las circunstancias concurrentes.

V. CONCLUSIONES

La ley gusta de conceptos claros, dicotómicos, pero el consentimiento en las relaciones sexuales es todo menos eso, sobre todo desde que los estudios feministas sobre sexualidad han puesto de relieve los numerosos matices que condicionan tanto la libertad y autonomía sexual de las mujeres como la comunicación sexual en la pareja⁴⁵. El consentimiento no es la panacea que permite resolver todos los problemas de la violencia sexual o de las relaciones sexuales no deseadas. Se asume con frecuencia que todo el sexo consensual es deseado y todo el sexo no consensual es no deseado, pero deseo y consentimiento no siempre van de la mano, y la ambivalencia respecto al sexo en general, al sexo con una determinada persona o al sexo en determinadas circunstancias de lugar, tiempo y modo está al orden del día⁴⁶. Esa escala de grises no es fácil de traducir al Derecho penal, que opera en blanco y negro⁴⁷. El modelo comunicativo es un avance en esa línea, pues introduce matices que deben analizarse para poder hablar de consentimiento.

⁴⁵ BERES, M. A./ SENN, C. Y./ MCCAW, J., «Navigating Ambivalence: How Heterosexual Young Adults Make Sense of Desire Differences», *The Journal of Sex Research* 51(7), 2014, pp. 765-776; BERES, M. A., «Sexual Miscommunication? Untangling Assumptions About Sexual Communication Between Casual Sex Partners», *Culture, Health & Sexuality* 12(1), 2010, pp. 1-14, 7.

⁴⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología* 78(4), 2016, p. 747; BAY-CHENG, L./ ELISEO-ARRAS, R., «The making of unwanted sex: Gendered and neoliberal norms in college women's unwanted sexual experiences», *Journal of Sex Research* 45(4), 2008, pp. 386-397; PETERSON, Z. D./ MUEHLENHARD, C. L., «Conceptualizing the «Wantedness» of Women's Consensual and Nonconsensual Sexual Experiences: Implications for How Women Label Their Experiences with Rape», *Journal of Sex Research* 44(1), 2007, pp. 72-88, 73-74; MUEHLENHARD, C. L./ PETERSON, Z. D., «Wanting and Not Wanting Sex: The Missing Discourse of Ambivalence», *Feminism and Psychology* 15(1), 2005, pp. 15-20, 18.

⁴⁷ *Vid.*, en general, JOZKOWKI, K. N., «Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality», *The University of the Pacific Law Review* 47(4), 2017, pp. 741-772.

Sea cual sea el modelo elegido, en la doctrina feminista está generalizada la observación de que, cualquiera que sea el alcance de las reformas, tardan en trasladarse a la práctica, si es que llegan a hacerlo⁴⁸. El Derecho es naturalmente conservador⁴⁹. Como demuestran numerosas experiencias nacionales⁵⁰, jueces y tribunales exhiben una llamativa capacidad para ajustarse y efectivamente desvirtuar reformas bien intencionadas que, consecuentemente, fracasan a la hora de cumplir sus promesas de una mejor protección de los derechos de las víctimas de violación⁵¹. Esa traslación se complica todavía más cuando los cambios legales, a pesar del apoyo de una parte de la doctrina y de los movimientos feministas y LGTBQIA+, reciben una férrea oposición política y técnica y son incomprendidos por un importante sector de la población, que los ridiculiza.

Nourse sugiere que hablar de la influencia feminista en el Derecho penal es hablar al mismo tiempo de éxito y de fracaso⁵². La reforma legal de la violación para convertirla en un delito centrado sea en la ausencia de consentimiento sea en su prestación afirmativa es condición necesaria, pero no suficiente, para que se produzcan cambios reales en la sociedad.

⁴⁸ Cfr. GRUBER, A., «Feminism and the War on Crime», *Washington Law Review* 84(4), 2009, pp. 581-658, 585.

⁴⁹ TASLITZ, A. E., *Rape and the Culture of the Courtroom*, New York University, 1999, p. 42.

⁵⁰ Vid. COWAN, S., «Sense and Sensibilities: A Feminist Critique of Legal Interventions against Sexual Violence», *Edinburgh Law Review* 23(1), 2019, pp. 22-51; GOTELL, L., «Reassessing the Place of Criminal Law Reform in the Struggle Against Sexual Violence: A Critique of the Critique of Carceral Feminism», en POWELL, A./ HENRY, N./ FLYNN, A. (eds.), *Rape Justice: Beyond the Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 53-71; WESTMARLAND, N./ GANGOLI, G. (eds.), *International Approaches to Rape*, Bristol University Press/ Policy Press, 2011, *passim*.

⁵¹ GRUBER, *Washington Law Review* 84(4), 2009, pp. 626 ss. MCGLYNN, C., «Feminist activism and rape law reform in England and Wales», en MCGLYNN, C./ MUNRO, V. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge-Cavendish, 2010, pp. 139-151, 150, habla de una «tarea de Sísifo». KELLY, L., «The Everyday/Everynightness of Rape: Is it Different in War?», en SJOBERG, L./ VIA, S. (eds.), *Gender, War, and Militarism. Feminist Perspectives*, ABC-CLIO, 2010, pp. 114-123, 120, por su parte, destaca la forma paradójica en la que el conocimiento feminista influye en procesos de reforma y es al mismo tiempo desacreditado y despreciado.

⁵² NOURSE, V., «The «Normal» Successes and Failures of Feminism and the Criminal Law», *Chicago-Kent Law Review* 75(3), 2000, pp. 951-978, 951.

A REFORMA PERMANENTE DOS CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Professora Catedrática/Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra
Presidente do Grupo Português AIDP (GP-AIDP)

I. INTRODUÇÃO

A matéria dos crimes sexuais suscita, como é sabido, problemas complexos, de dogmática e de política criminal, com repercussões na tarefa legislativa e na função de aplicação do direito. Gostaria de salientar, como introdução a esta breve reflexão sobre o tema, que, na doutrina portuguesa, há um pensamento teórico, com repercussões jurídicas e constitucionais, elaborado e densificado ao longo das últimas décadas, ao qual me acolho e também assumo: refiro-me à «escola de Coimbra», citando o nome de referência neste domínio –*Jorge de Figueiredo Dias*.

Num esforço de enquadramento necessariamente enxuto, quero começar por lembrar que o Código Penal de 1982 –o novo Código Penal, em Portugal¹–, continuou a considerar os crimes sexuais como atentados aos «fundamentos ético-sociais da vida social», ligados aos «sentimentos gerais de moralidade sexual»². Nesta medida, ele significou tão-só o início de uma reforma de inspiração liberal, que apenas veio a ganhar corpo com a Reforma de 1995³

¹ O Código Penal atualmente em vigor, que substituiu o Código Penal de 1886, foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

² Cf. Código Penal de 1982, Capítulo I, do Título III, da Parte Especial.

³ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.

e com as modificações legislativas do direito penal sexual que esta introduziu: transformou os crimes sexuais em autênticos e exclusivos crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual: a liberdade de determinação sexual⁴.

Esta Reforma constituiu, na verdade, um marco na compreensão dos crimes sexuais. Foi orientada por um mandamento político-criminal que procurou levar às últimas consequências: o de que não deve ser crime sexual a atividade sexual levada a efeito em privado e por adultos, que nela consentem⁵. Corrente —é importante lembrá-lo— que se liga a uma conceção de direito penal que lhe aponta a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídico-penais e não de puros valores morais ou conceções meramente ideológicas⁶.

Todavia, começou a verificar-se um afastamento legislativo daquela proposição político-criminal com as reformas de 1998⁷, por exemplo, na alteração da configuração típica do crime de lenocínio⁸. Movimento que continuou em 2001, e que teve uma expressão muito forte em 2007, onde o exemplo pode ir buscar-se à incriminação, nos termos em que ocorreu, da importunação sexual⁹. Acentuou-se em 2015 —ano em que houve, aliás, duas reformas legislativas em matéria de crimes sexuais¹⁰— e continuou por último, em 2019, com a recentíssima reforma legislativa¹¹, em que as alterações introduzidas agora

⁴ Cf. Capítulo V (Dos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual), do Título I (Dos Crimes contra as Pessoas). Esta inserção sistemática mantém-se inalterada até hoje.

⁵ Esta proposição político-criminal foi, entre nós, enunciada na década de setenta do século passado por Figueiredo Dias: cf., do Autor, «Lei criminal e controlo da criminalidade», *Revista da Ordem dos Advogados*, ANO 36- Jan. Dez. 1976, p. 88s.

⁶ Sobre esta compreensão do direito penal, *vide*, por todos, na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2007, p. 106 s.

⁷ Operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro.

⁸ Sobre o significado da reforma de 1998 pelo que diz respeito ao crime de lenocínio, cf. Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Artigo 170º - Lenocínio», *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, 1999, parág. 1.

⁹ A Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, procedeu a uma renumeração de artigos e o Artigo 170º, sob a epígrafe «Importunação Sexual», passou a incriminar o comportamento que consiste em «importunar outra pessoa (...) constringendo-a a contacto de natureza sexual».

¹⁰ As alterações legislativas foram operadas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, e pela Lei 103/2015, de 24 de agosto.

¹¹ A referência é à Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, e às alterações aos Artigos 163.ª (coação sexual) e 164.ª (violação). Note-se que estes dois tipos de crimes —que, pode dizer-se, imprimem caráter à criminalidade no domínio sexual— foram objeto, até ao presente, desde a Reforma de 1995, de quatro alterações legislativas: em 1998 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro); em 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro); em 2015 (Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto); e, a última, em 2019.

nos crimes de coação sexual e de violação podem ser testadas à luz da «tese» enunciada de progressiva infidelidade ao ideário assente na liberdade pessoal preconizado para este domínio.

De uma forma geral, é, pelo menos, em larga medida seguro afirmar que, com as sucessivas alterações nesta matéria, se pôs em questão a validade do princípio do «direito penal do bem jurídico»¹², em concreto, do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. O que afirmo é que o movimento de reforma dos crimes sexuais, em Portugal, a partir dos momentos que identifiquei, significa um aproximar a concepções de moralidade sexual vigente, quando não a valores sufragados em ideologias, e à proteção penal dessa moralidade e desses valores. E, assim, representa um recuo em relação à função que, de uma perspetiva moderna e liberal se defende que deve ser a função do direito penal no domínio sexual: a proteção, como valor eminentemente pessoal, da liberdade e autodeterminação sexual.

Na terceira parte da minha intervenção vou procurar demonstrar a validade desta afirmação em relação às incriminações de coação sexual, violação e importunação sexual, com uma breve referência ainda ao crime de lenocínio. Antes, e de seguida, proponho-me fazer sintéticas considerações em torno de algumas razões que têm levado a este *tournant* da política criminal em matéria sexual e às manifestações que o acompanham.

II. A EVOLUÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL

A liberdade e autodeterminação sexual é indiscutivelmente o bem jurídico que o legislador continua a *invocar* para incriminar comportamentos que se prendem com a esfera sexual das pessoas. Além disso, perante o valor que foi assumindo esta dimensão da liberdade pessoal na vida social, emerge, ao mesmo tempo, uma área de tutela, penal, particularmente rigorosa, por um lado, a assegurar o respeito pelo *exercício* dessa liberdade, e, por outro, a garantir a *proteção* dessa mesma liberdade face a agressões de outrem. O que significa que a intervenção penal não deve colocar em causa a dimensão positiva dessa liberdade, limitando a sua expressão de forma infundada, ao levar a efeito um

¹² Sobre o «direito penal do bem jurídico», vide, por todos, na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, «O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31s.

processo de criminalização ilegítimo de comportamentos sexuais; nem deve deixar de ocorrer, quando – mas só quando– estejam em causa comportamentos que atinjam a liberdade sexual de outrem¹³.

Uma coisa é a existência de uma «cultura de igualdade»¹⁴ em matéria sexual, absolutamente correta, que determina que o valor da liberdade sexual não é diferente entre homens e mulheres e é da mesma forma digno de proteção penal. E que implicou, sobretudo nos anos mais recentes, alterações extremamente louváveis nesta matéria. Inclusivamente, pode até detetar-se, na legislação portuguesa, uma intervenção penal diferenciada em função do género, que se seguiu àquela outra em função da idade, plenamente justificadas, quer pela especial vulnerabilidade que acompanha o desenvolvimento das crianças na esfera sexual, quer pela prevalência da vitimização das mulheres neste domínio. Outra coisa é pretender acolher na lei penal valores de movimentos, correntes ou causas em matéria sexual, que refletem o humor de um tempo. E que, enquanto valores defensáveis ligados a fenómenos sociais e que a esse nível de expressão inclusivamente merecem e gozam de proteção, devem, quando esteja em causa assegurar-lhes tutela pela via penal, submeter-se ao filtro da racionalidade jurídica, no caso penal, mediante a aferição da proporcionalidade ou *necessidade* dessa proteção especificamente penal: uma proteção de *ultima ratio* e cuja formalização em tipos legais de crimes, pelas efeitos gravosos que desencadeia para os direitos as pessoas –desde logo, para a generalidade das pessoas, com certas incriminações, e para os agentes dos crimes com a aplicação de penas–, coloca exigências de elevado perfil, designadamente ao nível da determinabilidade típica ou tipicidade¹⁵. Dito de uma forma seca: o direito penal não deve ser instrumentalizado para protagonizar movimentos ideológicos ou sociais, por muito defensáveis que sejam desses pontos de vista.

¹³ Referindo-se, deste ponto de vista, à ligação entre direitos fundamentais e direito penal, Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal europeu pós-Lisboa – um direito penal funcionalista?», *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 146.^a, N.º 4004, 2017, p. 331. Sobre o tema, aprofundadamente, cf. Maria JOÃO ANTUNES, *Constituição, lei penal e controlo da constitucionalidade*, Almedina, 2019, p. 60 s.

¹⁴ Na expressão colhida em Eduard Dreher/Herbert Troendle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57.^a ed., 2010, a cargo de Thomas Fischer, 4.^a antes do parágr. 174, *apud* FIGUEIREDO DIAS, «Dos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual. Nótula antes do art. 163.º», *Comentário Conimbricense, Parte Especial, Tomo I. Artigos 131.º a 201.º* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2012, parágr. 5.

¹⁵ Sobre isto, acentuando este último aspeto, Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Sobre o crime de importunação sexual», *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3987, Julho-Agosto 2014, p. 434 s.

Manifestações que acompanham esta modificação de sentido do direito penal sexual são, desde logo, o alargamento do âmbito de proteção penal de algumas normas –os exemplos podem encontrar-se na coação sexual, violação, importunação sexual ou lenocínio–, por vezes a desencadear a interrogação sobre se continua a existir ainda algum bem jurídico digno de proteção penal por detrás de uma incriminação e a justificá-la. Para além disso, verifica-se, ainda, generalizadamente, um fenómeno de exacerbamento punitivo, com várias expressões, uma delas o aumento das penas aplicáveis. Sem analisar aqui com pormenor este aspeto –e sem deixar de notar, com agrado, que nesta última intervenção o legislador deixou intocadas as molduras penais–, o que julgo importante salientar é que alterações a este nível devem ser fundamentadas em literatura científica especializada e estudos criminológicos que apresentem dados onde se comprove a necessidade de elevação das penas. As reformas legislativas, também neste aspeto, não devem obedecer ao intenções do poder político instituído de dar satisfação a reações emotivas da sociedade, muitas vezes potenciadas pelos *media*, perante casos concretos, ou a sentimentos difusos de medo ou insegurança, alimentados pelo mesmo poder político, sobretudo em tempos de crises, e para encobrir a própria incapacidade de responder em sede adequada e por forma a minorar as situações problemáticas em momento diferente ou anterior a um momento penal¹⁶.

Por último, cabe uma observação sobre as constantes alterações legislativas nesta matéria. É esta uma área, é certo, em que «as coisas» vão mudando a um ritmo muito rápido. Mas ter consciência disto não invalida em nada o que se afirmou anteriormente sobre a intervenção penal e a sua justificação. Que não tem de acompanhar necessariamente a par e passo as oscilações sociais – ou as correntes, as causas, a que já se fez referência. Dito isto, há ainda a considerar o valor, não pouco importante, da estabilidade legislativa em matéria penal. Por várias razões, mas em que se pretende destacar aqui, agora, a da sua *interiorização e assimilação* para aplicação pelos tribunais, a que se liga, naturalmente, o *controlo* sobre se as intenções do legislador foram levadas à prática e deram os resultados pretendidos. Não ocorrendo uma necessi-

¹⁶ Sobre isto, em geral, Anabela MIRANDA RODRIGUES, «O direito penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso de mercado», *Católica Law Review*, Volume I, n.º 3, nov. 2017, p. 32s; *id.*, «Direito penal e Constituição –o que resta do conceito de bem jurídico-penal?», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord. José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Volume I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa 2020, p. 157 e 158; especificamente, no domínio dos crimes sexuais, Pedro CAEIRO; «Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 29, 2019, p. 631s (I., 2., 2.1.1.).

dade de intervenção penal para proteger novos valores ou a expressão nova de valores já afirmados, só a necessidade de uma «correção da rota» suscitada em decorrência de deficiências na aplicação da lei detetadas pelo legislador poderiam justificar uma intervenção a este nível. Ora, em Portugal, e para dar só um exemplo, o regime legal dos crimes de coação sexual e de violação –os crimes emblemáticos no âmbito dos crimes sexuais– sofreu, desde 1995 até ao presente, cinco alterações¹⁷. Acrescento que a invocação de compromissos internacionais e europeus é, muitas vezes, um pretexto para levar a efeito alterações legislativas que, por diversos motivos, se pretendem introduzir a nível nacional, ou - talvez pior -, representa um seguidismo acrítico e totalmente infundado de posicionamentos internacionais, designadamente órgãos de fiscalização de cumprimento de obrigações assumidas pelos Estados. Um exemplo do que agora está em causa diz respeito à postura adotada por Portugal em relação ao *Relatório GREVIO*, de janeiro de 2019, e aos resultados da avaliação da nossa legislação por referência ao cumprimento dos deveres decorrentes da *Convenção de Istambul*¹⁸.

III. OS CRIMES DE COAÇÃO SEXUAL, VIOLAÇÃO E IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

III.1 Coação sexual e violação

À guisa de introdução, cabem duas palavras brevíssimas sobre os crimes de coação sexual e de violação.

A primeira, tem a ver com um aspeto de sistematização. o Código Penal Português considera a coação sexual e a violação o núcleo da proteção da liberdade sexual, constituindo a coação sexual o tipo fundamental, a *lex generalis*, e a violação uma forma mais grave de coação sexual, e, assim, uma *especialização* desta, que contempla num tipo qualificado¹⁹.

¹⁷ Os tipos legais de coação sexual (Artigo 163º) e violação (Artigo 164º) foram objeto de alteração pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março; pela Lei 65/98, de 2 de setembro; pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto; e pela recente Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro.

¹⁸ Para uma análise minuciosa do *Relatório GREVI* referido, cf. Pedro CAEIRO, *RPCC*, cit., II, 1., 1.4. 1.5.; e 2.

¹⁹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 163º (Coação Sexual)», *Comentário Conimbricense, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª edição, cit., parágs. 5 e 6.

A segunda, tem a ver com a alteração legislativa operada em 2015, em que os tipos legais de coação sexual e violação foram modificados de maneira a que qualquer das condutas típicas não exigisse necessariamente a violência ou ameaça grave, tendo em vista cumprir os deveres decorrentes da *Convenção de Istambul*. Assim, em ambas as incriminações se configuravam as situações em que para a verificação de crime bastava a exigência de se verificar constrangimento da vítima a sofrer ou praticar atos sexuais de relevo²⁰. A questão que se colocou, entretanto – e que, pode dizer-se, deu origem à nova revisão verificada em 2019 –, residia em saber se, ao exigir esse constrangimento da vítima, a lei portuguesa cumpria o requisito da *Convenção de Istambul* de que os crimes de «violência sexual, incluindo a violação», assentassem em atos (meramente) não consensuais²¹.

Começemos por ver a resposta oferecida a esta pergunta, na forma da alteração legislativa verificada²².

²⁰ Cf. redação do Artigo 163º (Coação Sexual), na versão da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto: «1. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2. Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.»; e redação do Artigo 164º (Violação), na versão da mesma Lei: «1. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2. Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.»

²¹ Cf. Artigo 36, da *Convenção de Istambul* e o *Relatório Explicativo da Convenção* a propósito deste Artigo, parágrafos 189 e 191 a 193.

²² Cf. redação do Artigo 163.^a (Coação Sexual), na versão da Lei n.º101/2019, de 6 de setembro: «1. Quem, sozinho ou acompanhado por outrem, constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos. 2. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima.»; e redação do Artigo 164º (Violação), na versão da mesma Lei: «1. Quem constranger outra pessoa a: a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de um a seis anos. 2. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.»

Em primeiro lugar, o legislador considerou –e bem– que, em qualquer dos tipos legais, o tipo fundamental consiste no constrangimento, através de qualquer meio, à prática de ato sexual de relevo, sendo o emprego de violência ou ameaça grave o tipo qualificado, que merece uma punição mais grave²³. Em segundo lugar, definiu *constrangimento* –o que não tinha feito até agora– como «qualquer meio», não incluído no conceito de violência ou ameaça grave, «empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima»²⁴.

Nestes termos, em meu entender, é possível afirmar que o legislador português, em 2019, configurou os crimes de coação sexual e de violação de acordo com um modelo «inacabado» de dissentimento. Procurarei, de seguida, justificar esta minha afirmação.

Assim, um primeiro aspeto a destacar é que o constrangimento exige apenas dissentimento da vítima. Dito de outra forma: a prática de atos de cariz sexual suscetíveis de integrar as incriminações em causa tem de ocorrer contra a vontade da vítima.

Assume, assim –segundo aspeto–, a caracterização do dissentimento relevante para efeitos de prática dos crimes em causa uma importância capital.

Há que partir da aquisição²⁵, já segura, de que o dissentimento não exige violência do agressor (por exemplo, agarrar, bater ou empurrar) –não exige força física do agressor– nem a resistência da vítima. Exige, sim, a *oposição íntima séria* da vítima ao ato sexual.

a) Pelo que diz respeito à *oposição*, um primeiro grupo de situações a considerar tem a ver com os casos em que uma pessoa não toma posição sobre a prática dos atos sexuais –porque lhe é indiferente ou porque está num estado íntimo de indecisão ou ainda não se decidiu. Poderá então dizer-se que, na medida em que atos de cariz sexual– como beijar, despir, acariciar - não são atos praticados contra a vontade da vítima, não se está perante a prática de um crime de coação sexual. Esta solução está de acordo com a configuração típica de constrangimento como qualquer meio empregue «contra a vontade» da vítima. Que, por sua vez, respeita o bem jurídico que se deve proteger com a incriminação e que é a liberdade sexual: a lesão da liberdade sexual está na

²³ Cf. Artigos 163º e 164º e respetivos números 1 e 2.

²⁴ Cf. Artigos 163º e 164º e respetivos números 3.

²⁵ Segue-se, Pedro CAEIRO, *RPCC, cit.*, II., 2., 2.5. e 3.

contrariedade à vontade da vítima. Importa aqui dizer, entretanto, que, à luz de um modelo que assentasse no consentimento, o constrangimento típico consistiria na prática de atos sexuais em que a vítima não consente positivamente (*only yes means yes*); e que, desta forma, se evita que casos de aparente ambiguidade como os que acabo de considerar fiquem impunes. Está aqui subjacente a ideia de que pode sempre estar a lesar-se a liberdade sexual da pretensa vítima... Acontece que também partilho da posição²⁶ de que transformar os crimes sexuais em crimes de perigo abstrato é uma via mais perigosa para a interação social do que o perigo que resta para a eventual lesão, longínqua, da liberdade sexual. Pelo que, decididamente, estou inteiramente de acordo em que não haveria de se ter consagrado um modelo de consentimento para proteger a liberdade sexual.

b) Mas, aqui chegados, entendo, por outro lado, que à proteção da liberdade sexual não basta apenas a punição de casos de não consentimento claramente expresso da vítima. Como se adiantou já, à manifestação da contrariedade da vontade basta a oposição íntima da vítima, a apontar para um modelo de «*no means no*», é certo; mas em que se, por um lado, pode haver ausência de «não», por outro lado exige-se que o «não» seja cognoscível do outro. O «não» deve ser comunicado, na formulação de Pedro Caeiro, «por qualquer forma objetivamente adequada»²⁷. Com a consequência de que, se pode haver ausência de expressão exterior do «não» e estarmos perante um constrangimento tipicamente relevante, também é certo que se exige que o não íntimo, passível de levar à incriminação do agente, seja o mais determinável possível.

O que quero significar agora é que, por um lado, estamos a colocar o acento tónico da incriminação na contrariedade da vontade da vítima e a levar a proteção da sua liberdade sexual o mais longe possível; mas, ao mesmo tempo, essa forma de entender as coisas que se expressa na configuração típica do constrangimento «contra a vontade cognoscível» da vítima – e assim, que pretende fazer assentar a incriminação num modelo de dissentimento, perfeitamente defensável em nome da proteção, penal, da liberdade sexual, em que a ausência de não ou até mesmo um sim pode expressar contrariedade à vontade da vítima (*yes means no*) –, teria exigido que o legislador tivesse completado a sua tarefa e tivesse descrito o mais rigorosamente possível esse elemento típico que é a contrariedade à vontade da vítima em que reside exclusivamente o ilí-

²⁶ *Id, ibidem.*

²⁷ *Id, ibidem*, p. 18

cito. O princípio da legalidade penal, na sua vertente de tipicidade assim o exigem. Para o dizer de uma forma clara: o legislador português demitiu-se da tarefa que lhe cabia de descrever tipicamente as situações de ausência de «*não*» e de «*yes means no*» e que lhe era exigível, por duas ordens de razões: por um lado, em nome da certeza e segurança jurídicas da lei penal –estamos perante situações ambíguas que podem significar a responsabilidade penal do agente; por outro lado, com a não descrição na norma, pelo legislador, das situações que podem configurar contrariedade à vontade para delimitar na maior medida do possível o elemento típico vontade cognoscível, pode suscitar-se a questão do bem jurídico que a incriminação protege e, por aí, mesmo da legitimidade constitucional da incriminação do ponto de vista da necessidade ou proporcionalidade da intervenção penal. Como tenho defendido²⁸, para que se possa dizer que um *invocado* bem jurídico é efetivamente protegido por uma norma é essencial que os elementos do tipo legal (os elementos típicos) sejam descritos o mais precisa e minuciosamente possível na incriminação. Está aqui a abrir-se a possibilidade de proteger com uma incriminação sexual situações que relevam de outros domínios, como o laboral, ou são de vulnerabilidade social. A isto está ainda ligado o espaço, em meu entender a tangenciar o ilegítimo, que se abre à aplicação do direito: não só dando azo a discussões infundáveis sobre o sentido do silêncio da vítima e sobre a genuinidade da vontade manifestada em casos que são de interação íntima entre potencial agente e vítima, mas, por sobretudo, a facilitar a entrada de posições pessoais moralistas ou sexistas na aplicação da lei.

Em suma e de forma abreviada: a opção legislativa tomada em 2019 de centrar as incriminações de coação sexual e violação num modelo de dissentimento é político-criminalmente legítima, em nome da proteção penal da liberdade sexual; mas, ao ficar-se aquém do que lhe era exigível na determinação dos elementos típicos da conduta punível, o legislador abriu a porta a uma perigosa, por arbitrária, responsabilização penal, e a uma possível ilegitimidade das incriminações, por ausência de bem jurídico, com consequências a nível da constitucionalidade das normas.

²⁸ Cf. Anabela MIRANDA RODRIGUES e a referência feita *supra*, nota 15. No sentido desta conclusão, para os crimes de coação sexual e de violação, à luz do projeto de reforma dos crimes sexuais que culminou nas alterações contidas na Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, Pedro CAEIRO, op.ult. cit., II., 3., 3.3., 3.3.3.

III.2 Importunação sexual

O Código Penal Português prevê a incriminação da importunação sexual em três modalidades típicas²⁹: uma, que remonta a 1995³⁰, refere-se à importunação por meio de atos exibicionistas; outra, prevista desde 2007³¹, significou um alargamento da área de tutela típica da norma, que passou a abranger a importunação mediante o constrangimento da vítima a contato de natureza sexual; e, finalmente, uma terceira modalidade típica que, continuando na via da ampliação da área de tutela da norma, se estende agora, desde 2015³², à importunação por meio de «formulação de propostas de teor sexual». Esta última alteração visou dar cumprimento às obrigações da *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica* (Convenção de Istambul)³³ pelo que diz respeito à criminalização do assédio, também sexual, o que, numa certa perspetiva das coisas –aquela que acabou por ter vencimento e não implicou a criação de um tipo autónomo de assédio–, se alcançaria, então, com a mobilização das incriminações de coação sexual e de importunação sexual, cobrindo-se com o último alargamento da importunação formas embrionárias de coação sexual.

A minha atenção dirige-se aqui, nesta reflexão, para a importunação sexual nas duas últimas modalidades.

Quanto à importunação que se refere ao constrangimento a contato de natureza sexual –em que se trata de punir a prática, por qualquer meio, de contatos sexuais com a vítima, contra a sua vontade, que não constituem atos sexuais de relevo–, defendo, desde o início³⁴, que não está justificada pelo legislador a necessidade que, jurídico-constitucionalmente, legitima a incriminação: a proteção da liberdade sexual. Liberdade sexual que, nestes casos, se pode defender que não está em causa, uma vez que o contato sexual não integra atos sexuais *de relevo*. Não se trata de o legislador contemplar atos sexuais com

²⁹ Artigo 170º: «Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contato de natureza sexual (...)».

³⁰ Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.

³¹ Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

³² Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto.

³³ Sobre este processo legislativo, em detalhe, Pedro CAEIRO; «Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau», *RPCC*, 26 (2016), p. 235s (p. 240 s.)

³⁴ Assim, Anabela MIRANDA RODRIGUES/Sónia FIDALGO, «Artigo 170º (Importunação Sexual)», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 2.ª Edição, 2012, cit., parágrs. 25 a 31; e Anabela MIRANDA RODRIGUES, *RLJ*, 2014, cit., p. p. 430 s; também, no mesmo sentido, Pedro CAEIRO, *RPCC*, 26 (2016), cit., p. 265s.

relevância penal, que representam, pois, «um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima»³⁵. Com a consequência de assim se fazer entrar no tipo atos considerados insignificantes e bagatelares, sem a dignidade penal que o princípio da necessidade da intervenção exprime. Sublinha-se que nem tudo o que é socialmente incorreto ou lesivo de uma saudável convivência social na área sexual deve ser punido, sob pena de se estar a confundir o que releva da moral sexual vigente com o que releva da efetiva proteção de direitos das pessoas. Com o ónus de, mais uma vez, se transferir esta distinção para os julgadores.

Se se pode dizer que, com esta modalidade de importunação sexual, o legislador teria querido punir, de modo autónomo, as formas residuais de coação sexual, já com a modalidade de importunação sexual realizada, não através de contatos, mas através de palavras, na forma de formulação de propostas de teor sexual, recua ao embrião da coação sexual. Só uma delimitação do âmbito de tutela da norma agora em apreço, a conceder-lhe autonomia³⁶, é suscetível de conferir à incriminação dos comportamentos em causa o conteúdo que a torna compatível com a proteção da liberdade sexual da vítima. O que se verifica –isto é, a liberdade sexual é atingida– quando está em causa «a formulação de propostas de teor sexual que efetivamente importunam o destinatário por força do contexto de constrangimento em que este se encontra e de que o agente se aproveita»³⁷. Vai aqui implicada, necessariamente, uma leitura exigente da norma, que, ao mesmo tempo que considera, e bem, que a ocorrência de contato corporal/físico não é forçosamente mais grave do que outras condutas de natureza sexual que não o implicam, impõe, por seu turno, que as propostas de teor sexual visem atos sexuais de relevo. E que justificaria uma determinação mais rigorosa da tipicidade da norma pelo legislador, com que não posso estar mais de acordo, como resultará depois do que venho referindo ao longo desta reflexão. Por forma a que ficasse claro, assim, que, com a incriminação, se visam as situações –a que, também por força do elemento interpretativo que é a *Convenção de Istambul*, esta intervenção legislativa visou responder– de assédio sexual em que o «constrangimento» da vítima resulta da «relação assimétrica de poder que a enquadra» de que o agente «tira partido»³⁸.

³⁵ Sobre o conceito de atos sexuais de relevo, FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 163º», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 2.ª Edição, 2012, cit., parágrs. 11 e 12.

³⁶ Para esta delimitação detalhada, cf. Pedro CAEIRO, *RPCC* 26 (2016), cit., p. 268 s.

³⁷ *Id.*, *ibidem*, p. 285.

³⁸ *Id.*, *ibidem*, p. 281.

IV. A CONCLUIR (UMA REFERÊNCIA À INCRIMINAÇÃO DE LENOCÍNIO SIMPLES)

No contexto das presentes considerações, importa deixar uma última nota.

Diz esta respeito ao facto de o Tribunal Constitucional Português, que tem feito uso da categoria do bem jurídico para declarar a inconstitucionalidade de normas penais por ausência de bem jurídico, ter julgado agora inconstitucional, com este fundamento, em Acórdão de 11 de julho de 2020³⁹, a norma que incrimina o lenocínio simples⁴⁰. Abriu, assim, o caminho à reversão de uma jurisprudência em sentido contrário desse mesmo Tribunal⁴¹. Exatamente destacando que «é crucial que o bem jurídico tutelado» – a liberdade sexual – «possa ser claramente identificado e que a conduta típica seja descrita de forma essencialmente precisa»⁴². O que não é o caso, quando temos a incriminação de uma conduta de quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício por outra pessoa da prostituição⁴³.

Não cabe, no âmbito desta reflexão, discutir esta jurisprudência constitucional que vem já desde 2004.⁴⁴ O que se quer destacar, entretanto, é que, nem estamos aqui confrontados com uma incriminação que visa a proteção da liberdade sexual – que a pessoa que se prostitui, pelo contrário, pode ver posta em causa –, nem esta é uma incriminação de comportamentos que envolvam *necessariamente* o risco de exploração de uma *situação de carência e desproteção social* das pessoas que se prostituem. E que, por isso, a questão da descriminalização da conduta que integra o lenocínio tarda em ser encarada. A lei

³⁹ Acórdão n.º 134/2020 (Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro). O Acórdão julga «inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição, conjugadamente (...)» (ponto III – Decisão, alínea a)).

⁴⁰ Artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal: «Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido (...)».

⁴¹ Essa jurisprudência – no sentido de que a norma contida no n.º 1, do Artigo 169.º, do Código Penal, não é inconstitucional no confronto com o parâmetro do Artigo 18.º, n.º 2, da Constituição – foi iniciada com o Acórdão n.º 144/2004, e este entendimento foi reiterado pelo Tribunal Constitucional em sucessivos acórdãos (referências encontram-se no Acórdão n.º 134/2020, cit., pontos 8 s.).

⁴² Acórdão n.º 134/2020, cit., ponto 13.

⁴³ Assim, desde sempre, apontando neste sentido, Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Artigo 170º (Lenocínio)», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 1999, cit., parágs. 2 a 5; no mesmo sentido, com Sónia FIDALGO, «Artigo 169º (Lenocínio)», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 2.º Edição, 2012, cit., parágs. 2 a 7, analisando já criticamente a jurisprudência constitucional ao tempo existente.

⁴⁴ A discussão aprofundada sobre a inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio simples foi levada a efeito, de forma inovadora, em estudo recente de Figueiredo DIAS e Maria JOÃO ANTUNES, «Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato», *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume I, Almedina, 2019, p. 121 s.

penal não protege a liberdade sexual, antes serve a finalidade de evitar o perigo da existência de modos de vida de exploração das referidas situações de carência e desproteção social⁴⁵. Sendo que, saber se a necessidade de proteger direitos das pessoas nestes casos deve ser prosseguida através do direito penal é já outra discussão, que a desloca mesmo para fora do âmbito do direito penal *sexual*, quando os bens jurídicos em causa estão, neste caso, relacionados com a *autonomia e a liberdade* da pessoa que se prostitui.

⁴⁵ Neste sentido, cf. Declaração de Voto aposta ao Acórdão n.º 641/2016, por Manuel da Costa Andrade, quando conclui que, na leitura da incriminação que dela se faz no Acórdão n.º 144/2004 –de acordo com a qual «o aproveitamento económico por terceiros (da prostituição) não deixa de poder exprimir já uma interferência que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo) -, «em vez de uma incriminação preordenada à tutela da autonomia e da liberdade sexual, teríamos então uma *infração*, concebida como um crime de perigo abstrato e *apostada em obviar ao perigo de um ‘modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social’*» (itálicos nossos). Já no mesmo sentido, chamando a atenção para a «criminalização da miséria e da exclusão social» que se pode operar por esta via de incriminação dos atos de lenocínio simples (num contexto de evolução a propósito do elemento típico de exploração de «situações de abandono ou de necessidade económica», que deixou de se exigir a partir da reforma operada pela Lei n.º 65/98), Anabela MIRANDA RODRIGUES, «Artigo 170º (Lenocínio)», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 1999, cit., parág. 4; no mesmo sentido, com Sónia FIDALGO, «Artigo 169º (Lenocínio)», *Comentário Conimbricense, Tomo I*, 2.ª Edição, 2012, cit, parág. 4.

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS COMÚNMENTE LLAMADAS¹ «VIOLACIONES MÚLTIPLES»²

JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ

I. INTRODUCCIÓN

El mediático caso de La Manada ha puesto sobre el tapete la cuestión del tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas «violaciones múlti-

¹ Se aclara que el término se corresponde con el empleado en el lenguaje común porque en esta materia –la delincuencia sexual–, como en muchas otras, se experimenta una importante divergencia entre el lenguaje coloquial y el lenguaje jurídico. Así, lo que «en la calle» se conoce como «violación», que viene a corresponderse con todo acceso carnal no consentido, en el lenguaje jurídico puede recibir, en atención al Código penal ahora vigente, una denominación distinta atendiendo a las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado. Concretamente, según el legislador penal, solo recibe la denominación jurídica de «violación» –o agresión sexual cualificada– el acceso carnal no consentido que se ha ejecutado con violencia o intimidación, calificándose como «abuso sexual» agravado el acceso carnal no consentido en el que no se emplean dichos medios comisivos –véase, como ejemplo, la penetración vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías a personas ya privadas de sentido, personas a las que se ha privado de sentido previamente a través del uso de determinadas circunstancias o el acceso carnal ejecutado prevaliéndose el sujeto de la existencia de una situación de superioridad respecto a la víctima, que hace que esta ceda a sus pretensiones–. En mi opinión esta divergencia en el lenguaje del ámbito común y del jurídico ha contribuido de manera importante a la incomprensión e indignación social ante la publicación de muchas resoluciones jurisprudenciales, como la relativa al caso «La Manada».

² Insta hacer una precisión en relación a este término empleado frecuentemente en el lenguaje periodístico y coloquial para hacer referencia a las violaciones cometidas en grupo. La Fundación del Español Urgente (Fundéu) señala, a colación de una consulta realizada por un usuario sobre este término, que realmente «violación múltiple» viene a hacer referencia a la violación que se comete varias veces –que no necesariamente por varias personas–, pudiendo su autor ser único o plural. La expresión correcta, según la institución, para designar la violación que se comete por una pluralidad de personas, sería «violación grupal». Así, señala la Fundéu que, si bien todas las violaciones grupales son múltiples, ya que la pluralidad de sujetos activos del acceso carnal implica pluralidad de accesos carnales, no todas las violaciones múltiples son grupales. Véase <https://www.fundeu.es/consulta/violacion-multiple-grupal/>. En el título de este trabajo se hace referencia al uso común –incorrecto, como se ha visto– del término «violaciones múltiples» como violaciones grupales.

ples», esto es: los supuestos en que una pluralidad de sujetos llevan a cabo actos de carácter sexual no consentidos con acceso carnal con una persona. Desde luego, este no es, por desgracia, un fenómeno nuevo. Las violaciones grupales han existido desde siempre; solo hay que echar una rápida ojeada a las resoluciones de cualquier base de datos jurisprudencial para encontrar multitud de sentencias condenatorias por hechos de esta clase de fechas del todo heterogéneas. La comparación de los hechos probados de estas sentencias revelan la presencia de ciertos patrones que tienden a repetirse en esta práctica delictiva, como son el sexo de los sujetos involucrados –masculino en el caso de los sujetos activos, y femenino en el caso de la víctima, lo que pone de manifiesto el indubitable trasfondo machista del fenómeno– o la existencia de una evidente disparidad de fuerzas entre sujetos activo y pasivo, que ha sido expresamente buscada o aprovechada por los delincuentes, y que se manifiesta en una desigualdad numérica, al ser generalmente una sola la víctima y varios los agresores, a la que se unen en muchas ocasiones otras desigualdades originadas por la diversa edad, corpulencia física, o coeficiente intelectual que presentan víctima y agresores. Otra circunstancia que suele estar presente –aunque con excepciones– en esta fenomenología de supuestos es el llamado intercambio o relevo de roles, a través del cual mientras uno mantiene acceso carnal con la víctima, los otros la sujetan o están allí presentes vigilando o simplemente esperando su turno para acceder, y viceversa, garantizándose así todos el acceso carnal. En muchas ocasiones el acuerdo delictivo se muestra previo a la realización de los hechos, pero en otras surge de manera sobrevenida y simultánea a los hechos, hablándose de acuerdo implícito.

En el presente trabajo se abordará la cuestión concreta de la calificación jurídica de estas llamadas violaciones grupales. Muchos son los interrogantes que a primera vista surgen a este respecto. ¿La superioridad numérica del agresor frente a la víctima implica automáticamente la presencia de intimidación, y, por tanto, de delito de agresión sexual –en su modalidad agravada por acceso carnal (violación)–?; ¿cuántas acciones típicas se cometen y cuántas son atribuibles a cada sujeto participante?; ¿la presencia de varios sujetos activos supone automáticamente la aplicación a todos ellos de la circunstancia agravante de actuación conjunta de dos o más personas del art. 180.2.º CP?; ¿puede aplicarse la figura del delito continuado en este contexto? En las siguientes páginas trataré de arrojar algo de luz sobre estas cuestiones de la mano, principalmente, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. FIGURA DELICTIVA APLICABLE: ¿AGRESIÓN SEXUAL (VIOLACIÓN) O ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO Y ACCESO CARNAL?

La primera cuestión a resolver es la de la concreción del tipo penal aplicable a los supuestos objeto de estudio de entre las diversas figuras delictivas que contempla actualmente nuestro Código penal en materia de delincuencia sexual. A este respecto, la respuesta variará según cuáles sean las circunstancias concurrentes. Así, cuando los sujetos hagan uso de la violencia para ejecutar los actos sexuales, agarrando por ejemplo por los brazos a la víctima o arrastrándola³, habrá de aplicarse el delito de agresión sexual con acceso carnal, también llamado violación *ex art.* 179 CP; lo mismo sucederá si se sirven de amenazas, exhibiendo, por ejemplo, a la víctima una navaja⁴ o transmitiéndole de palabra que, si no cede a sus pretensiones, algo malo le va a ocurrir a ella o su familia. Por el contrario, cuando se lleve a cabo un acceso carnal no consentido aprovechando una situación de vulnerabilidad de la víctima, por estar esta privada de sentido por la ingesta de determinadas sustancias o por padecer un trastorno mental, o bien habiendo empleado previamente fármacos, drogas u otras sustancias para anular sus facultades, la figura jurídica aplicable será el delito de abusos sexuales *ex art.* 181, apartados 1, 2 y 4⁵. La cuestión en teoría parece, así, sencilla: de concurrir violencia o intimidación como medio comisivo de los hechos enjuiciados, se aplicará el delito de agresión sexual; de estar ausentes dichos elementos, se acudirá a la figura del abuso sexual. No obstante, el asunto se complica cuando se trata de calificar actos sexuales realizados en los denominados «contextos intimidatorios difusos»,

³ Ambos actos ejemplificados se encuentran presentes en los hechos probados de la STS 338/2013, de 19 de abril, de acuerdo con los cuales los acusados abordaron por la espalda a la víctima cuando caminaba por la calle, agarrándola por los brazos, mientras ella trataba de zafarse sin lograrlo, y la llevaron a un parque cercano, donde, tras arrastrarla junto a una mesa y quitarle la ropa, la penetraron por turnos. El Alto Tribunal consideró como tipo penal aplicable a los hechos el delito de agresión sexual cualificado por acceso carnal (violación) al emplearse por los acusados la violencia como medio comisivo del acto sexual no consentido.

⁴ Esto es lo que sucede concretamente en el caso enjuiciado en la STS 786/2017, de 30 de noviembre, en el que los dos acusados, con la finalidad de anular la capacidad de resistencia de la víctima, la amenazaron a través de la exhibición de una navaja, para, posteriormente, penetrarla vaginalmente contra su voluntad, primero uno, mientras el otro vigila y viceversa.

⁵ Como ejemplo reciente, aunque sin la presencia de acceso carnal, puede citarse el otro supuesto que llevó a «la Manada» a los tribunales, enjuiciado en la SJP Córdoba 98/2020, de 14 de abril. Narran los hechos probados de esta sentencia que los cinco acusados, aprovechando el estado de inconsciencia en que cayó la víctima cuando se encontraba en el vehículo con ellos, realizaron, con ánimo libidinoso, diversos tocamientos de carácter sexual por su cuerpo. El Juzgado de lo Penal de Córdoba condena a cada uno de los acusados como responsable de un delito de abuso sexual del tipo básico (arts. 181.1 y 2 CP).

esto es: contextos en los que, si bien no se anuncia un mal, sí se genera una atmósfera de coerción sobre la víctima⁶, conocida y aprovechada por los delincuentes. De entre las circunstancias que pueden contribuir de la creación de este clima intimidatorio, y que se encuentran presentes en los hechos probados de la sentencia del célebre caso «La Manada», pueden citarse la superioridad numérica y física de los delincuentes frente a la víctima y unas condiciones espacio-temporales de ejecución de los hechos delictivos propicias a garantizar la consumación de la actividad delictiva. Así, en el caso concreto mencionado, los hechos probados de la sentencia dan cuenta de que la víctima, y denunciante, de 18 años de edad, fue dirigida a un habitáculo, descrito como «lugar recóndito y angosto [...] con una sola salida», por los cinco acusados, «de edades muy superiores y fuerte complejión».

¿Qué tipo penal procede aplicar en estos supuestos de «contextos intimidatorios difusos»? A este respecto, y como se ha puesto de manifiesto en las diversas resoluciones publicadas con ocasión del enjuiciamiento del caso de «La Manada», la cuestión se centra en dilucidar si puede hablarse de «intimidación» efectiva a efectos de aplicar el delito de agresión sexual cualificado por acceso carnal del art. 179 CP, o, si, por el contrario, estamos ante un supuesto de prevalimiento de una situación de superioridad frente a la víctima, siendo aplicable el delito de abusos sexuales del art. 181, apartados 1,3 y 4 CP. Lo cierto es, que a primera vista la línea divisoria entre una y otra figura parece difícil de trazar. La jurisprudencia, consciente de ello, ha elaborado unos criterios para facilitar su delimitación, que, sin embargo, y como veremos, tampoco son la panacea de todos los problemas. Según los tribunales, la diferencia entre una figura y otra estribaría en el grado de intimidación generado y, en conexión con ello, en el grado de afectación de la voluntad de la víctima. De esta forma, dice el Alto Tribunal que estaremos ante una agresión sexual cuando la intimidación generada sea de tal grado que anule la voluntad de la víctima, esto es: la intimidación coartaría por completo la voluntad de la víctima, que se ve, de esta forma, coaccionada a realizar los actos sexuales, de igual forma que ocurriría en los casos en que es agarrada con violencia o amenazada con un arma o de manera verbal⁷. Aun en la hipótesis en que la víctima, tras ser violentada o coaccionada, dijera verbalmente que sí quiere llevar a cabo los

⁶ En términos similares define estos contextos, con gran acierto, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»», *La Ley*, n.º 12188, 2019, p. 3.

⁷ En palabras de BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»», *op. cit.*, p. 3: «la voluntad del autor se impone por la fuerza quedando la de la víctima anulada».

actos sexuales, no podría hablarse siquiera de consentimiento viciado, pues la voluntad de la víctima se encontraría completamente anulada por el precedente o simultáneo acto de violencia o intimidación de los agresores. Por el contrario, en el delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 CP, la situación de superioridad manifiesta frente a la víctima, de la que se vale el sujeto activo para llevar a cabo el acto sexual con ella, hace las veces de presión⁸, o incluso de medio intimidatorio, pero de intensidad inferior al presente en las agresiones sexuales, de modo que no se llega a anular por completo la voluntad de la víctima, aunque sí a disminuirla de manera notable⁹. Tal conclusión la infieren los tribunales de la propia literalidad del art. 181.3 CP, que refiere la existencia de consentimiento de la víctima en el delito de abuso sexual con prevalimiento, si bien no emitido con plena libertad, al establecer el precepto: «La misma pena –en referencia a la pena señalada para el resto de supuestos de abuso sexual– se impondrá *cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*». La víctima del abuso sexual con prevalimiento no llegaría, pues, como sucede con la víctima de la agresión sexual, a ver anulada por completo su libertad de decisión; se hablaría en este caso de existencia de consentimiento, pero de un consentimiento viciado por la presión que siente ante la evidente superioridad del sujeto activo, de la que este se prevale¹⁰. En la mayoría de sentencias condenatorias por el delito de abuso sexual del art. 181.3 CP la superioridad de la que se vale el sujeto activo se genera por relaciones familiares o laborales o bien por una patente diferencia de edad con el sujeto pasivo, concurriendo en multitud de ocasiones estos fac-

⁸ Utiliza este término –«presión»– para describir la conducta de abuso sexual con prevalimiento, RODRÍGUEZ MORO, L., «La violencia y la intimidación como elementos diferenciadores, o no, de figuras delictivas contra la libertad sexual», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R./GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Transiciones de la política penal ante la violencia*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2019, p. 462.

⁹ Resulta muy ilustrativo, en este sentido, el siguiente fragmento de la STS 305/2013, de 12 de abril: «En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual». Puede citarse también la más reciente STS 470/2020, de 23 septiembre, que enumera los requisitos de esta figura: «esta Sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima, y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalega, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima».

¹⁰ Destaca de forma muy clara este aspecto en la doctrina CADENA SERRANO, F. A., «Violaciones conjuntas. Caso de la Manada», *La Ley*, n.º 9578, 2019, p. 6.

tores simultáneamente¹¹. Así, son especialmente comunes las sentencias condenatorias por este delito atinentes a profesores u entrenadores que llevan a cabo actos de carácter sexual con alumnos menores de edad, prevaliéndose de la superioridad que les brinda tanto su condición de docente o entrenador, a la que se debe profesar respeto, como la todavía inmadurez de la víctima¹². Los tribunales tienden a entender que en este tipo de casos se coarta –que no se anula– la libertad del sujeto pasivo; existiendo, pues, un consentimiento por parte de éste, pero encontrándose claramente viciado.

¿Cómo calificar, atendiendo a esta doctrina jurisprudencial, los supuestos de accesos carnales grupales que nos ocupan producidos en «contextos intimidatorios difusos»? A este respecto, es obligada de nuevo la mención al caso de La Manada, que constituye un reflejo de la difícil delimitación en la práctica de las figuras de agresión sexual con intimidación y abuso sexual con prevalimiento. Y es que, como es conocido, los hechos del caso de la Manada fueron inicialmente calificados como de abuso sexual con prevalimiento con acceso carnal por la Audiencia Provincial de Navarra, en su sentencia 38/2018, de 20 de marzo –ratificándose dicho extremo por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia 8/2018, de 30 de noviembre–, y, finalmente, como agresión sexual con intimidación ambiental (violación), por el Tribunal Supremo, en sentencia 344/2019, de 4 de julio, que revocó la calificación de instancia. La diversa calificación jurídica dada a los hechos trae su causa de la diversa interpretación de un fragmento de la relación de hechos probados. Se trata concretamente del fragmento en donde se señala que las circunstancias concurrentes –véase: la existencia de cinco varones de fuerte complexión y de edades muy superiores a la víctima rodeando a la víctima en un lugar «recóndito y angosto

¹¹ Puede citarse también como ejemplo de supuesto de evidente desigualdad de fuerzas aprovechada por el sujeto activo aquel en que la víctima se halla en una situación de especial vulnerabilidad, como ocurre en el caso de los inmigrantes indocumentados. En este sentido, puede traerse a colación la STS 1228/2011, de 16 de noviembre, que condena como autor de un delito de abuso sexual con prevalimiento a un agente de policía que mantiene actos de carácter sexual con una mujer detenida, extranjera, que no habla el idioma español, y que, además, se haya embriagada; o la STS 735/2006, de 4 julio, que aplica la figura delictiva a un sujeto que se sirve de la «condición de inmigrante indocumentada de la víctima» y de su «temor a ser expulsada del país» para tener acceso carnal con ella.

¹² Así, por ejemplo, la STS 223/2000, de 21 febrero, que condena a un profesor, de edad madura, que «se aprovecha de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo (15 años) para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor». Arguye el Alto Tribunal que «no nos encontramos ante un supuesto de «falta» de consentimiento, sino de consentimiento viciado por el abuso de superioridad». Otros casos parecidos encontramos en las SSTS 290/2014 de 21 marzo, relativa a un «maestro de kárate» de renombre internacional que, empleando técnicas de manipulación psicológica, mantiene relaciones sexuales, con penetraciones por vía anal, bucal o vaginal, con sus alumnos menores de edad; 646/2019, de 20 de septiembre, que da cuenta de que un entrenador de atletismo realiza tocamientos, masturbaciones y felaciones con dos menores; o 467/2020, de 21 de septiembre, sobre el «preceptor» de un colegio que realiza tocamientos en partes íntimas de una menor.

[...], con un sola salida»— llevaron a la denunciante a sentir «un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera». Así, en primera y segunda instancia los tribunales infieren del citado fragmento que sí existió consentimiento por parte de la víctima, pero que este se encontraba claramente viciado ante el «bloqueo emocional» sufrido a causa de las circunstancias concurrentes —y, secundariamente, de la influencia del alcohol previamente ingerido, que alteraba su raciocinio—, y que dicha circunstancia fue aprovechada por los acusados para mantener con ella actos de carácter sexual. Argumenta, en este sentido, la Audiencia Provincial de Navarra que el «*bloqueo emocional*» ha sido tradicionalmente considerado por la jurisprudencia —cita entre otras, las SSTS 305/2013, de 27 de abril y 855/2015, de 23 de noviembre— como «uno de los elementos, que, a partir de la configuración por el sujeto activo de la situación de la superioridad de la que se prevale, *determina que el sujeto pasivo no preste su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación*»¹³. El Tribunal Supremo, por el contrario, entiende que no hubo consentimiento viciado por parte de la víctima, y que concurrió un supuesto de ausencia total de consentimiento, ya que la voluntad de los acusados se impuso por la fuerza, en este caso por una fuerza de carácter intimidatorio. Señalando que lo verdaderamente relevante es la conducta objetiva llevada a cabo por el sujeto activo, y no la reacción de la víctima, el tribunal concluye que en el comportamiento enjuiciado de los acusados es apreciable el uso de una intimidación ambiental suficiente y eficaz para alcanzar el objetivo perseguido, que era tener acceso carnal con la víctima, dejando a esta sin posibilidad alguna de decidir al respecto.

Caso con ciertas similitudes al de la Manada es el enjuiciado en la STS 2463/2001, de 19 de diciembre. En este supuesto, los hechos transcurren durante el recorrido en que la víctima, de tan solo 14 años, es llevada en coche a su casa por los dos acusados, mayores de edad, de vuelta de una discoteca. En una primera parada en el trayecto, uno de ellos accede carnalmente en el asiento trasero a la víctima, consintiendo esta por «lo avanzado de la noche y acuciada por el persistente deseo de regresar a casa». Más tarde, en una segunda parada, en esta ocasión en un lugar solitario, el otro acusado insta a la víctima a mantener relaciones sexuales con él, a lo que ésta se niega, saliendo del ve-

¹³ Cita además la siguiente afirmación extraída de la STS 305/2013, de 27 de abril: «el bloqueo que determina el vicio en el consentimiento constituye un aspecto psíquico que puede obtenerse mediante un proceso de inferencia judicial».

hículo, siendo entonces agarrada de una muñeca por uno de los acusados. Ante la insistencia del acusado, la chica acaba accediendo con tal de que el acceso tuviese lugar en el corto trayecto hacia su casa, lo que así sucedió. En este caso encontramos también presente el elemento de la superioridad numérica –aunque ciertamente disminuido respecto al caso de La Manada, por ser dos sujetos, y no cinco–, una diferencia incluso bastante mayor en la edad y nivel de madurez de los intervinientes, y unas condiciones espacio-temporales que también dificultaban la huida de la víctima, y garantizaban el éxito de la empresa criminal, al ser de madrugada y encontrarse en un lugar solitario. El Tribunal Supremo entendió, sin embargo, aplicable en esta ocasión la figura del abuso sexual con prevalimiento cualificado por el acceso carnal, y no la agresión sexual. A tal conclusión pudo contribuir, en este caso la circunstancia de que la misma relación de hechos probados señalara expresamente que la víctima *accede a mantener los actos sexuales*, dando cuenta así, parece, de la existencia de consentimiento por su parte, aunque viciado. Lo cierto es que, obviando tal afirmación, las circunstancias concurrentes revelan un contexto intimidatorio de intensidad pareja a la del caso de La Manada. Si bien, como se señaló el número de sujetos que accedieron carnalmente a la víctima era menor –dos frente a cinco–, la diferencia de edad de la víctima con ellos era mucho más acentuada, y el lugar estaba completamente aislado.

Identificar en la práctica cuándo estamos ante un supuesto de ausencia de consentimiento, y, por tanto de «forzamiento» a realizar un acto sexual no querido, y cuándo ante uno de consentimiento viciado, conseguido por un abuso de superioridad por parte del sujeto activo, no parece tarea fácil¹⁴. Quizás, más que en la presencia o no de consentimiento viciado –elemento cuya prueba resulta difícil–, el punto clave para decidir entre una u otra calificación jurídica radique en la intensidad de la intimidación presente en los hechos, toda vez que el componente intimidatorio está presente en cierta manera en ambas figuras delictivas¹⁵. Además, de la intensidad de la coacción dependerá normalmente de forma directa la presencia o no de cierto margen de voluntad en la víctima. En el caso de La Manada, a mi juicio tanto la calificación dada por

¹⁴ Destaca esta dificultad BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»», *op. cit.*, p. 3.

¹⁵ A este aspecto se refieren FARALDO CABANA, P./RAMON RIBAS, E., «La Sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 258: «La agresión sexual, en definitiva, exige el empleo de violencia o intimidación, pero no de cualquier violencia o intimidación. Por ello, los delitos de abusos sexuales no excluyen, en realidad, el empleo de violencia o intimidación, sino de estas cuando tienen una determinada entidad».

los dos primeros tribunales, como la del Tribunal Supremo, están bien argumentadas y responden a inferencias sujetas a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia. No obstante, y centrándonos en el mentado criterio del grado de intensidad de la coacción, personalmente veo quizás más acertada la calificación de agresión, pues bien puede afirmarse que la atmósfera intimidatoria generada por los acusados fue de un grado especialmente intenso habida cuenta de que eran cinco los sujetos, de que tenían edades muy superiores a la víctima, y gran corpulencia física, y de que se encontraban al momento de iniciarse los actos sexuales rodeando a la víctima, siendo de madrugada y produciéndose los hechos en un lugar recóndito, con una sola salida. Y, concluirse, en consecuencia, que los acusados, con la creación de una atmósfera de tal grado intimidatorio, forzaron a la víctima a realizar el acto sexual¹⁶.

En cualquier caso, la reforma anunciada de los delitos contra la libertad sexual por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, viene a «dar carpetazo» a todos estos problemas atinentes a la valoración del grado de coacción concurrente en los hechos, y a la concreción, por tanto, del tipo penal aplicable. Ello lo hace suprimiendo el tipo penal de abusos sexuales, y convirtiendo así al delito de agresiones sexuales en figura delictiva única para el castigo de la realización no consentida de actos de carácter sexual, lo que implica un aumento de su ámbito de aplicación con la incorporación de las conductas antes consideradas como abusos sexuales¹⁷. En consecuencia, una vez se modifique el Código penal por esta ley orgánica, todos los supuestos de accesos carnales ejecutados en grupo sin el consentimiento válido de la víc-

¹⁶ De esta opinión se muestran de manera tajante, entre otros, CUERDA ARNAU, M. L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 117-119; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada»», en MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.), *Represión penal y Estado de derecho*, Aranzadi, 2018, pp. 1103 y 1104; FARALDO CABANA, P./RAMON RIBAS, E., «La Sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», *op. cit.*, pp. 264 y ss.; PINA BARRAJÓN, M. N., «Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.º 344/2019 del caso de «La Manada», comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo», *La Ley*, n.º 1057, 2019, pp. 13 y 14; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. «La sentencia contra «La Manada»: prevalimiento v. intimidación», *La Ley*, n.º 4693, 2018, pp. 1 y 2.

¹⁷ La nueva redacción de los delitos de agresión sexual proyectada es la siguiente: «Art. 178.1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. [...] 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Art. 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años».

tima serán calificados como delito de agresión sexual con acceso carnal, esto es, como delito de violación. La eliminación de problemas probatorios que se consigue con el establecimiento de un tipo penal único para el castigo de la delincuencia sexual¹⁸, entraña, sin embargo, el posible quebranto del principio de proporcionalidad, que determina que las penas han de ser adecuadas, o si se prefiere, proporcionadas, a la gravedad de la concreta conducta. Atribuir el mismo marco penal a comportamientos sexuales ejecutados con medios comisivos muy diversos –véase: el aprovechamiento de la privación de sentido de la víctima, la anulación de la voluntad de la víctima mediante el empleo de sustancias, el prevalimiento de una situación de superioridad, y el uso de violencia o intimidación–, facilita, desde luego, la tarea de aplicación de la ley al caso concreto, pero a costa de la conculcación del citado principio¹⁹. Es cierto que siempre quedará la posibilidad de que el juez valore las concretas circunstancias concurrentes a la hora de determinar la pena concreta a imponer dentro del marco legal, discriminando según la gravedad del medio comisivo; aun así, considero que dicha discriminación ha de hacerse en sede legal cuando las diferencias de gravedad en las conductas sean notables, como entiendo que sucede en ciertas ocasiones en el presente caso, a través del establecimiento de diversos marcos penales. Así, mantener actos de carácter sexual con una persona aprovechando que sus capacidades se encuentran afectadas de manera importante por el alcohol u otras sustancias y realizar la misma conducta sexual empleando, por el contrario, violencia para vencer la resistencia de la víctima, no son, a mi juicio, comportamientos de una gravedad pareja, que merezcan sancionarse con el mismo marco penal. Igual que tampoco lo son, como parece estar fuera de duda, el sustraer una cosa mueble aprovechando el estado de intoxicación de su propietario que ejecutar la sustracción empleando violencia, calificándose el primer acto como hurto y el segundo como robo con violencia, con un marco penal más elevado. Si bien ambas conductas se ejecutan sin el consentimiento de la víctima, hay diferencias notables entre ellas atendiendo a la gravedad del medio comisivo empleado. No se quiere decir con ello que cometer el delito de la primera forma, véase: aprovechando la debilidad de la víctima, no merezca

¹⁸ Esta era precisamente una de las finalidades de la reforma proyectada, como se reconoce en el apartado III de su exposición de motivos (p. 11): «Como medida relevante, se elimina 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 [...]. Esta equiparación, además de *atenuar problemas probatorios*, evita la revictimización o la victimización secundaria».

¹⁹ A este respecto se muestra especialmente crítico Díez Ripollés, J. L., «El 'no es no'», *El País*, 10/05/2018, afirmando que «la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario».

de un importante reproche en sede penal, sino tan solo que la segunda modalidad de conducta –la ejecutada con violencia o intimidación– es meritoria de un reproche aún mayor, traducible en un diverso marco penal. En eso consiste el principio de proporcionalidad: en prever diversos marcos penales para conductas que ostentan diverso nivel de gravedad.

III. INDIVIDUALIZACIÓN DE ACCIONES TÍPICAS

En relación a este asunto, y tomando como premisa el supuesto objeto de estudio, en el que varios sujetos acceden carnalmente a una misma víctima, parece estar claro un aspecto: habrá *como mínimo tantas acciones típicas de acceso carnal como sujetos accedan carnalmente a la víctima*. Al contrario de lo que ocurre con otros delitos, en los que la actuación delictiva conjunta de varias personas lleva a la apreciación de una sola acción típica, de la que responden conjuntamente los sujetos, en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal cada acceso carnal ejecutado por cada sujeto dará lugar a una acción típica distinta. Esto es: si A y B sustraen conjuntamente diversos objetos, habrá una sola acción típica de hurto, de la que responderán ambos; si C y D golpean reiteradamente por turnos a un sujeto, se estará ante una única acción típica de lesiones, de la que responderán ambos; sin embargo, si E y F realizan ambos actos de acceso carnal con una persona, contra su voluntad, se estará *al menos* ante dos acciones típicas de abuso sexual agravado o de violación –dependiendo, como vimos, de las circunstancias concurrentes–, *una por cada acceso carnal ejecutado por cada sujeto*²⁰. Se dice que habrá *al menos* tantas acciones típicas como sujetos que realizan el acceso carnal porque pudiera darse la eventualidad de que el número de acciones típicas fuera mayor al número de sujetos que acceden carnalmente a la víctima. Esto sucederá en los casos en que se entienda que las penetraciones realizadas por un mismo sujeto integran más de una acción típica. Para entender mejor este extremo es obligado hacer una somera mención a las reglas empleadas por los tribunales para individualizar las acciones típicas en los delitos con acceso carnal.

Puede decirse que, en líneas generales, la jurisprudencia entiende que constituyen una unidad de acción típica –ya de abuso sexual cualificado, ya de

²⁰ Póngase como ejemplo, entre otras muchas, la STS 76/2006, de 31 enero, que aprecia la concurrencia de dos acciones típicas distintas, correspondientes a las penetraciones vaginales realizadas sucesivamente por dos acusados diferentes, mientras cuatro, de los cinco que actuaban conjuntamente, sujetaban a la víctima. En la doctrina, señala expresamente esta cuestión ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 141.

violación, dependiendo del medio comisivo— *varias penetraciones realizadas por el mismo sujeto activo contra la misma víctima de forma iterativa y progresiva*, con el fin de satisfacer el ánimo libidinoso del autor, *en una misma situación espacio-temporal*²¹. A tal fin entienden los tribunales que dichas penetraciones, integrantes de una única acción típica, pueden practicarse sobre la misma zona corporal o ir alternándose sobre áreas corporales diversas —vagina, ano o boca—²². Lo importante, pues, como decíamos, a efectos de hablar de una acción típica, es que las plurales penetraciones se realicen en una misma situación espacio-temporal, y con la misma finalidad de satisfacer el apetito sexual. En consecuencia, si el sujeto, tras eyacular, continúa accediendo a la víctima habrán de apreciarse dos acciones típicas: la anterior a la eyaculación, que culminó con ella, y la posterior a la eyaculación, en tanto cada una de ellas se orienta a la satisfacción de ánimos libidinosos distintos²³. También estaremos ante el inicio de una nueva acción típica cuando se produzca una modificación espacio-temporal relevante como para apreciar una ruptura motivacional, y con ello, el surgimiento de un nuevo ánimo libidinoso. Ello podría ocurrir en el caso en que un sujeto que penetra a la víctima sin lograr la eyaculación por las causas que sean, vuelve tiempo más tarde a retomar el acceso carnal. El transcurso de un intervalo de tiempo relevante entre ambas acciones

²¹ Véase, por ejemplo, la STS 773/1996, de 26 de octubre, donde se apreció una única acción típica en la conducta de un sujeto que realiza, bajo una misma situación compulsiva, dos coitos por vía vaginal a la víctima. El escaso tiempo transcurrido entre una y otra penetración, que se producen bajo la misma situación espacio-temporal llevan al Alto Tribunal a entender que ambos coitos no son sino una «doble exteriorización de un único impulso erótico». Lo contrario, esto es, individualizar y sancionar separadamente las penetraciones, daría lugar según el tribunal a una pena desproporcionada y excesiva.

²² A este respecto, la STS 994/2011, de 4 de octubre, FJ Séptimo (apartado 5), establece: «el acceso carnal por distintas vías del art. 179 CP practicado en un mismo acto, con la misma persona y con una única intención libidinoso constituye un solo delito». Hay que señalar, no obstante, que pueden encontrarse algunas sentencias —si bien muy minoritarias— que se apartan de esta interpretación. Me refiero concretamente a sentencias como las SSTS 551/1994, de 11 de marzo, y 1024/1994, de 13 de julio, que aplicaron la lógica «tantas acciones típicas como vías distintas objeto de penetración», apreciando la primera sentencia dos acciones típicas —una constitutiva de un delito de violación consumado, y otra de una tentativa del mismo delito— en relación a un hombre que penetró bucalmente a la víctima, y seguidamente intentó infructuosamente accederla vaginalmente, y la segunda dos acciones típicas de violación consumadas en la conducta de un sujeto que realiza seguidamente una penetración vaginal, seguida de una bucal, y de nuevo otra vaginal. La línea argumental empleada en estos casos para individualizar las acciones era la de que el cambio de vía corporal supone un incremento del contenido de injusto de la acción y el reflejo de una nueva intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima, negando el carácter de delito progresivo de estos tipos penales. Esta interpretación ha sido, sin embargo, minoritaria dentro de la jurisprudencia, que parece haberla superada desde hace tiempo.

²³ Así lo señala ORTIZ BERENGUER, E., «*Delitos contra la libertad sexual*», *op. cit.*, pp. 153 y 154: «nos inclinamos a considerar que si hay una penetración hay violación; que si hay varias penetraciones tendentes, cabría decir, a la eyaculación, hay una violación; y si hay varias penetraciones seguidas de las correspondientes eyaculaciones, hay varias violaciones». En cuanto a la jurisprudencia, cabe hacerse eco de la STS 994/2011, de 4 de octubre, que señala que la reanudación del acceso carnal tras la eyaculación revelaría un dolo renovado, distinto del anterior.

llevaría a apreciar dos impulsos eróticos distintos, que darían lugar a dos acciones típicas. En otras ocasiones, la ruptura motivacional se vincula principalmente a una modificación del lugar de los hechos –hablaríamos esencialmente de modificación espacial en estos casos–, como sucedió en el célebre caso del violador del Parque Oeste, en el que el acusado tras realizar distintos actos de carácter sexual con la víctima, le obligó hasta en tres ocasiones, a punta de cuchillo, a vestirse y desplazarse a otros sitios del parque, en los que continuó practicándole distintos actos sexuales con acceso carnal contra su voluntad. El Tribunal Supremo entendió que concurrían en este caso cuatro acciones típicas de violación, interpretando que cada cambio espacial suponía una clara renovación del propósito lúbrico, y con ello, una nueva acción²⁴.

Si bien no es el objeto de nuestro estudio, cabe hacer una pequeña mención al supuesto en que el sujeto pasivo de los hechos sea plural, esto es, a la hipótesis de que sean varias las personas que sufran los accesos carnales de los sujetos activos. En este caso, sigue siendo aplicable todo lo mencionado *supra*, pero habremos de tener en cuenta que las acciones ejecutadas contra un sujeto pasivo y otro son independientes entre sí, integrando acciones típicas distintas. Esto es así por el carácter eminentemente personal del bien jurídico afectado por estos delitos, que es la libertad o indemnidad sexuales. Así, de penetrar un mismo sujeto varias veces a varias personas en un mismo espacio e intervalo de tiempo, habrán de apreciarse al menos tantas acciones típicas como sujetos pasivos. Al ser varios los bienes jurídicos afectados, en tanto distinto su titular y ser éstos intransferibles, han de ser varios los injustos típicos a identificar, y, con ello varias las acciones típicas.

IV. IMPUTACIÓN DE LAS ACCIONES TÍPICAS A LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS HECHOS

En cuanto a la cuestión de la imputación de las acciones típicas individualizadas en los casos de acceso carnal con rotación de roles, la práctica ju-

²⁴ STS 994/2011, de 4 de octubre, FJ Séptimo, apartado 9: «los hechos probados, en efecto, reflejan una mayor prolongación en el tiempo y espacio respecto al desarrollo de las distintas agresiones sexuales sufridas por la víctima, con *cesuras relevantes*, que permiten considerar un dolo renovado, ya que después de obtener la satisfacción sexual buscada por una vía, en otro lugar y por otras vías renueva posteriormente ese propósito lúbrico, produciéndose una agresión diferente». Insta precisar que esta calificación jurídica como pluralidad de acciones a la que nos referimos se refiere concretamente a los hechos probados número 3 de la sentencia. Téngase en cuenta que la sentencia enjuicia al acusado no sólo por estos hechos, sino también por otros muchos producidos en otras fechas cercanas en el mismo parque contra otras víctimas empleando el mismo *modus operandi*. La pluralidad de acciones típicas es, no obstante, valorada finalmente como delito continuado por entender el tribunal que concurren los requisitos del art. 74.1 CP.

risprudencial a este respecto es la de *atribuir el total de acciones típicas a todos los sujetos participantes*. Así, el sujeto no respondería solamente por su acceso carnal –ya se concrete este en una o varias acciones típicas si se dan los elementos señalados *supra*–, sino también por las acciones típicas de acceso carnal ejecutadas por el resto²⁵. Y ello porque se suele entender que el sujeto ha contribuido a las penetraciones realizadas por sus compañeros. Ello está, desde luego, fuera de dudas en los casos en que, mientras uno penetra a la víctima, el otro la sujeta o amenaza con un cuchillo. Y es que, podría decirse que este segundo sujeto estaría realizando uno de los elementos del tipo penal de violación (agresión sexual con acceso carnal), cual es el uso de la violencia o la intimidación. No obstante, la anterior afirmación también se puede entender aplicable a los supuestos en que el sujeto está inactivo, incluso apartado, cuando el otro penetra, a la espera de que llegue su turno. Entienden los tribunales que en estos casos esa aparente pasividad no es realmente tal, sino una efectiva contribución a la penetración del otro, porque la sola presencia de los sujetos mientras se produce el acceso carnal de un compañero contribuye a la generación de la atmósfera intimidatoria, que disminuye –si hablamos de abuso sexual con prevalimiento– o anula –si hablamos de agresión sexual– la voluntad de la víctima²⁶.

Caso particular es el del acceso carnal grupal con rotación de roles en el que el primero de los sujetos que accede a la víctima lo hace empleando la violencia o amenazas verbales o un arma para vencer su resistencia, pero no así el resto de compañeros que le sigue. A este respecto, queda claro que al primer sujeto habrá de imputársele un delito de agresión sexual con violencia y acceso carnal (violación), la pregunta que se plantea es si puede imputarse su acción típica al resto de intervinientes. A este respecto, parece claro que no habrá dudas en el caso en que se infiera de las circunstancias concurrentes la existencia de un plan preordenado entre los acusados, en el que se hubiera contemplado el posible uso de la violencia o las amenazas. Y es que, de entenderse que hay acuerdo por parte de los intervinientes en cuanto al uso, o posi-

²⁵ Póngase como ejemplo el caso enjuiciado en la STS 2163/1993, de 4 de octubre, relativo a cuatro sujetos que, mediante intimidación, accedieron sucesivamente a la víctima contra su voluntad. El Alto Tribunal ratificó la sentencia de instancia en cuanto a la apreciación de que cada uno de los acusados había llevado a cabo cuatro acciones típicas de violación (una correspondiente a su acceso carnal, y las otras tres relativas a los accesos carnales ejecutados por los otros acusados, a los que habían contribuido).

²⁶ Así, la STS 1531/1999, de 20 de octubre, FJ Primero: «debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos actos de violaciones múltiples, porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio». Véase también, en este sentido, ORTS BERENGUER, E., «*Delitos contra la libertad sexual*», *op. cit.*, pp. 138-141.

ble uso, de esos medios, es claro que la acción típica de acceso carnal violento o amenazante habrá de ser imputada al resto de intervinientes, y que habrá de hacerse en todo caso bajo la calificación jurídica de violación²⁷. Si se entiende, por el contrario, que no concurre el citado acuerdo en cuanto al uso de esos medios y que han sido empleados por uno de ellos por su cuenta y riesgo, pueden surgir más dudas en cuanto a si cabe imputar esa acción típica violenta o intimidatoria al resto, y bajo qué figura delictiva. No obstante ello, lo cierto es que si el sujeto, que no esperaba el empleo de violencia por parte de su compañero para vencer la resistencia de la víctima, accede posteriormente a la víctima en el relevo de roles, lo hace aprovechando la anulación previa de la voluntad de la víctima conseguida mediante la violencia de que ha hecho uso su compañero, pudiéndose hablar en consecuencia de aceptación tácita del empleo de dicho medio comisivo, y, atribuírsele, por tanto, tanto el acceso carnal de su compañero como el suyo propio con la calificación de violación en ambos casos, por el empleo de la violencia.

Supuesto especialmente peculiar, a este respecto, se encuentra en la STS 975/2005, de 13 de julio. Dos sujetos quedan en una discoteca con una chica para tomar unas copas, después de lo cual se dirigen a un hotel, donde uno de los acusados alquila una habitación, entrando en ella ambos con la chica, acompañados de un tercer sujeto. La víctima entra entonces en el cuarto de baño de la habitación, siendo seguida por el otro de los acusados, que le propone mantener relaciones sexuales, a lo que ella se niega, pegándole entonces este un puñetazo en la sien y amenazándola con matarla si no se desnuda, a lo que esta accede, accediéndola entonces aquel. Se acredita que, durante los hechos, la víctima grita de forma reiterada, sin que los otros dos sujetos, que se encuentran detrás de la puerta, hagan nada. Posteriormente estos otros dos la penetran ante la orden violenta y amenazadora del primer acusado. La primera acción típica de violación, correspondiente al acceso carnal ejecutado

²⁷ Puede citarse como ejemplo el supuesto enjuiciado en la STS 235/2012, de 4 de mayo, en el que los tres acusados, puestos previamente de acuerdo y con la finalidad de pasar un buen rato, se dirigieron a un lugar de la carretera donde la víctima ejercía la prostitución, yendo dos en un coche, y el tercero en otro vehículo, siguiendo al primero. Se acercaron a la víctima, y, tras preguntarle por sus tarifas, la subieron al primer vehículo, y tras desplazarse a otro lugar, uno de los acusados le dijo: «cállate, ahora vas a hacer lo que te digamos o te matamos, no huyas porque viene detrás otro vehículo que nos sigue» –en referencia al vehículo donde iba el tercero de los acusados–, ante lo que la víctima accedió a desnudarse y a ser penetrada por este mismo acusado, mientras los otros dos vigilaban desde fuera del vehículo. Una vez este terminó de accederla, entró en el coche otro de los acusados y la accedió también carnalmente. El Tribunal Supremo entiende que concurren dos acciones típicas, constitutivas de dos delitos de violación –esto es: dos agresiones sexuales con violencia cualificada–, por las que han de responder los tres acusados. Se entiende así que hubo acuerdo entre los acusados en cuanto al empleo de las amenazas para vencer la resistencia de la víctima.

con violencia y amenazas en el cuarto de baño por uno de los acusados, y calificada como violación, es imputada por el Tribunal Supremo a todos los intervinientes bajo el entendimiento de que también contribuyeron al hecho con su sola presencia, permaneciendo en silencio mientras la víctima pide ayuda. Entiende el tribunal que con ello participaron del mantenimiento de la intimidación generada por el primer acusado. No obstante ello, podría argüirse que el uso de la violencia y de la intimidación que tuvo lugar en el cuarto de baño por parte del primero de los acusados ya fue *per se* suficiente a efectos de anular la voluntad de la víctima. Esto es: podría mantenerse, como hizo, de hecho, el Magistrado Excmo. D. Diego Ramos Gancedo, en su voto particular a la sentencia, que la presencia de los otros acusados jugó un papel irrelevante de cara a la consumación de la acción típica, toda vez que la actitud violenta e intimidatoria del primer acusado ya era idónea, sin necesidad de la concurrencia de otros elementos, para forzar a la víctima a realizar el acto sexual²⁸. Lo cierto es que este caso es especialmente particular porque en él se puede cuestionar la existencia misma de un acuerdo, ya previo, ya simultáneo a los hechos, sobre la misma conducta de acceso carnal, independientemente de la circunstancia del medio comisivo empleado para ello, toda vez que, además de quedarse en actitud pasiva durante la primera acción típica de violación, dos de los intervinientes no ejecutan las sucesivas acciones carnales por propia iniciativa, sino por la orden violenta del tercero de ellos.

Si bien nuestro objeto de estudio en este trabajo es los accesos carnales ejecutados en grupo con rotación de roles, en los que la totalidad de intervinientes penetran sucesivamente a la víctima, no está de más hacer una breve mención al tratamiento jurídico de aquella otra modalidad de casos en el que, pese a haber también varios sujetos, no todos ellos acceden carnalmente a la víctima, sino solo alguno o algunos de ellos. La cuestión a dilucidar aquí sería si es posible imputar el acceso carnal de los que han participado activamente a los que han permanecido en actitud pasiva todo el tiempo. La respuesta a esta pregunta dependerá, a mi juicio, de la consideración de diversos factores, cuales son principalmente la existencia o no de acuerdo con el resto, la actitud concreta mantenida durante el acceso carnal de los otros, y el número total de sujetos presentes durante los hechos. Así, si A, B, C y D, previo acuerdo, acce-

²⁸ Véase el siguiente fragmento, muy ilustrativo, del voto particular formulado por el Magistrado Excmo. D. Diego Ramos Gancedo contra la mentada STS 975/2005, de 13 de julio: «En este contexto, entiendo que la simple presencia de Gabino en las violaciones cometidas por Sebastián carece de la relevancia necesaria que requiere la figura del cooperador necesario, sobre todo porque, a lo ya dicho, debe añadirse que, en todo caso, *la resistencia u oposición de la víctima ya había sido completamente vencida por los golpes y amenazas recibidos de Sebastián, por lo que la supuesta intimidación que generara la presencia de Gabino, resultaba inocua para doblar una voluntad ya quebrada*».

den carnalmente por turnos a la víctima bajo la creación de una atmósfera intimidatoria generada por su superioridad numérica frente a esta y por otros posibles factores, mientras F, que no había acordado nada con ellos, presencia los hechos sin hacer nada, parece, en mi opinión, difícil atribuirle a este último las acciones típicas del resto –ya de violación, ya de abuso sexual con prevalimiento con acceso carnal, según el nivel de intimidación que se estime existente–. Y es que, no existe acuerdo con el resto, su actitud ha sido pasiva durante la ejecución de las acciones típicas y –elemento esencial– la presencia de tres sujetos mientras uno penetra, previo acuerdo de todos ellos parece ya por sí misma suficiente para generar el clima intimidatorio, propio de la violación o bien del abuso sexual con prevalimiento, atendiendo al resto de circunstancias. Puede decirse así, siguiendo con el ejemplo, que su conducta no ha contribuido a los accesos carnales del resto²⁹. En estos supuestos, no obstante, podría recurrirse al delito de omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución del art. 450 CP para castigar al sujeto que mantiene esa actitud pasiva durante la ejecución del delito, sin contribuir al mismo.

Si la actitud del sujeto que no accede carnalmente a la víctima no ha sido completamente pasiva durante la ejecución de los hechos, sino que jalea al resto de intervinientes, o contribuye dolosamente a la preparación del clima violento o intimidatorio en el que se producen posteriormente los accesos carnales, o si se prueba que existió acuerdo con el resto, pese a no intervenir activamente en el acceso, entiendo que la solución cambiaría, pudiendo atribuírsele las acciones típicas del resto, pues en este caso sí podría decirse que su conducta ha contribuido a las mismas³⁰. Algo similar ocurriría en el supuesto en que el número de intervinientes que acceden a la víctima fuera reducido,

²⁹ En este sentido se movió la interpretación del Tribunal Supremo, en la sentencia 1531/1999, de 20 octubre, relativa a un supuesto en que cuatro sujetos penetran por turnos a una mujer, acreditándose que un quinto sujeto, presente en el lugar de los hechos, permanece durante todo el tiempo de pie mirando lo que ocurre, sin intervenir en los hechos. El Alto Tribunal absuelve a este último sujeto de los delitos de violación por los que fueron condenados el resto de acusados, afirmando en el FJ Primero que su «sola presencia [...] no pudo favorecer la intimidación o incrementar el temor de la víctima, ya que estaban presentes otras cuatro personas [...], autores directos cada uno de ellos de una agresión sexual, que era suficiente para provocar el miedo o la intimidación en la víctima, sin que su sola presencia pasiva aumentara aquéllos».

³⁰ En este sentido puede traerse a colación el supuesto enjuiciado en la STS 235/2012, de 4 de mayo, ya mencionado en la nota a pie de página 26. En este caso se trataba de tres sujetos, uno de los cuales no accedió carnalmente a la víctima, y los otros dos sí. A pesar de que el primer sujeto se limitó a mirar mientras sus compañeros accedían a la víctima, el tribunal entendió que contribuyó a dichos accesos carnales «con hechos anteriores», al participar, bajo un plan común con los otros dos acusados, de la creación del «ambiente intimidatorio que resultó suficiente para doblegar la voluntad de la víctima» (FJ Cuarto), haciéndole, en consecuencia, responder por las dos acciones típicas de violación.

resultando que su mera permanencia pasiva sí contribuye de forma relevante a la generación del clima intimidatorio-coaccionador para la víctima.

V. CONCRECIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LAS ACCIONES TÍPICAS. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE EJECUCIÓN CONJUNTA DEL HECHO Y A LA CONTINUIDAD DELICTIVA

Parece claro que la acción típica de violación o abuso sexual con acceso carnal –según cuál sea la calificación jurídica concreta atendiendo a las circunstancias concurrentes– será atribuida al sujeto que realiza la penetración o penetraciones bajo el título de autoría. Ya se emplee la teoría objetivo-formal o la teoría del dominio del hecho, parece no haber dudas en que el que ejecuta el acceso carnal, penetrando a la víctima, será autor de dicha acción típica. Si se sigue la primera de las teorías citadas para distinguir autores de partícipes –objetivo-formal–, habría que decir que el sujeto que accede carnalmente está realizando la acción descrita en el tipo penal aplicable, y que, por tanto, es autor; si se adopta la segunda de las teorías –la del dominio del hecho–, la conclusión sería la misma pues parece indubitada la circunstancia de que el que accede domina el hecho típico, pues decide «el sí y el cómo del acontecer típico»³¹. Teniendo esto claro, la cuestión que se plantea es la de cómo –esto es: bajo qué título– atribuir la acción típica de acceso carnal al resto de sujetos que no penetran a la víctima, pero que contribuyen de algún modo a la acción, en el contexto de las comúnmente llamadas «violaciones múltiples». A este respecto, se distinguen dos líneas jurisprudenciales: una, que podríamos llamar tradicional, pero que sigue hoy presente en algunos pronunciamientos, según la cual todo el que contribuya al acceso carnal ejecutado por otro compañero ha de ser obligadamente considerado como partícipe en esa acción típica; y una línea, más moderna, que defiende la posibilidad de atribuir dicha conducta a título de autoría aunque no se acceda carnalmente. En lo siguiente veremos con más profundidad cada una de estas líneas interpretativas, analizando las consecuencias que se extraen de las mismas en lo que respecta a dos cuestiones: a) la aplicación o no de la circunstancia agravante de ejecución conjunta del hecho prevista en el art. 180.2.º CP; y b) la posible apreciación de

³¹ Se utiliza la expresión empleada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, p. 19, para describir el dominio del hecho según esta teoría.

la continuidad delictiva *ex art. 74.1 CP* en el contexto de los accesos carnales grupales.

V.1 Interpretación tradicional: restricción de la responsabilidad a título de autor a los ejecutores del acceso carnal

Como se dijo, según esta línea jurisprudencial la acción típica de violación o abuso sexual con acceso carnal solo es imputable a título de autoría al que accede carnalmente al sujeto pasivo, de modo que todo el que contribuya de cualquier otra forma al acceso carnal –véase: aquel que sujeta a la víctima mientras el otro la accede o que la amenaza antes del acceso del otro con un cuchillo, o que está presente durante el acceso carnal contribuyendo con ello a la generación del clima intimidatorio– ha de responder de dicha acción típica como partícipe. Si se piensa, este entendimiento colisiona con la interpretación tradicional que sigue el Tribunal Supremo en materia de autoría y participación para el resto de delitos, ya se sirva de la teoría objetivo-formal, ya de la teoría del dominio del hecho, que es en general la tesis más empleada jurisprudencialmente. Así, si se siguiera la teoría objetivo-formal para distinguir la autoría de la participación, habría que concluir que son autores del delito todos los que ejecuten parte de la acción típica, resultando que en el caso presente son elementos de la acción tanto el acceso carnal como el uso de la violencia o intimidación, si hablamos del delito de violación, o el ejercicio de presión hacia la víctima, si hablamos del delito de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal. No se restringiría, en consecuencia, la responsabilidad a título de autor al que ejecute el acceso carnal. Si se opta por la teoría del dominio del hecho, la más empleada por los tribunales, se podría, en virtud del dominio funcional del hecho, ampliar la responsabilidad como autor a todos los que, mediando acuerdo, previo o simultáneo entre los intervinientes, aporten algo esencial a la ejecución, dentro del marco del citado acuerdo³².

Parece que la explicación a esta peculiar línea jurisprudencial existente en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual ha de buscarse en la ya supuestamente superada categoría dogmática de los delitos de propia mano³³, elaborada en su momento para hacer referencia a la idea de que hay determinados tipos penales cuyas conductas típicas pueden solo realizarse per-

³² Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *op. cit.*, p. 30.

³³ Sobre esta categoría, véase GÓMEZ RIVERO, M. C., «¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?», *Revista Penal*, n.º 18, 2006, y MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Tecnos, Madrid, 1992.

sonalmente, sin la existencia de intermediarios, restringiéndose, en consecuencia, el ámbito de los posibles autores de los mismos a los que lleven a cabo dicha ejecución directa. Y es que, los delitos con acceso carnal han sido tradicionalmente considerados como delitos integrantes de dicha categoría, exigiéndose para responder por los mismos bajo el título de autor la ejecución directa y corporal del acceso carnal. A pesar de considerarse esta categoría dogmática ya superada, sus consecuencias prácticas parecen haberse mantenido por un sector jurisprudencial en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con acceso carnal, al seguir entendiendo que todo el que contribuya al acceso carnal de otro ha de responder por el mismo a título de partícipe, y nunca como autor.

En lo que respecta al concreto título aplicable dentro de la participación a aquellos que contribuyen al acceso carnal de los otros, esta línea jurisprudencial suele recurrir generalmente en los casos de accesos carnales grupales a la figura del cooperador necesario³⁴, bajo el entendimiento de que ha existido una «aportación objetiva, causal y eficaz» a efectos de la consumación del delito³⁵. De cara a determinar qué ha de entenderse por dicha aportación a la consumación del delito, los tribunales determinan por tal diversas modalidades de conductas, que abarcan desde el ejercicio de un esfuerzo físico encaminado a doblegar la resistencia de la víctima, hasta la realización, de acuerdo con un plan conjunto, de cualquier acción en el contexto en el que se efectúa la acción típica, pasando por la «sola» permanencia, aun sin existir un plan preordenado, en el lugar donde se efectúa el acceso carnal cuando la misma suponga contribuir conscientemente a la generación de un clima intimidatorio ambiental sobre la víctima³⁶.

³⁴ Puede citarse, a este respecto, entre otras muchas sentencias, las SSTS 2463/2001, de 19 de diciembre, 975/2005, de 13 de julio, 61/2008, de 24 de enero, y 235/2012, de 4 de mayo.

³⁵ Así, la STS 786/2017, de 30 de noviembre, FJ Tercero: «No puede cuestionarse, ni mucho menos negarse la respectiva condición de cooperador necesario que cada uno tuvo en la violación que ejecuto el otro, y por lo mismo, cada uno de los condenados es autor material de la agresión sexual consumado por él, y colaborador necesario de lo consumado por el otro porque existió una aportación objetiva, causal y eficaz de cada uno a que el otro consumase la violación». Los hechos probados de la sentencia dan cuenta de que los acusados amenazaron mediante la exhibición de una navaja a la víctima con el fin de anular su capacidad de resistencia, procedieron sucesivamente a penetrarla vaginalmente, en contra de su voluntad, primero uno, mientras el otro vigilaba y viceversa.

³⁶ Véase la STS 1531/1999, de 20 de octubre, FJ Primero. No obstante ello, se encuentra alguna sentencia en la que la realización de uno de esos comportamientos de contribución al acceso carnal de otro ha sido calificado como constitutivo de complicidad, y no de cooperación necesaria en el hecho típico. Tal es el caso de la STS 1780/2001, de 27 de septiembre, FJ Sexto, que atribuye el acceso carnal ejecutado por un sujeto a los que sujetan a la víctima mientras se produce la penetración bajo el título de complicidad, argumentando que su conducta de sujetar a la víctima no supuso, en aplicación de la doctrina de los bienes o actividades escasas, una contribución necesaria para la consumación del acceso carnal. Argumenta en este caso el tribunal que las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, relativas a lo aislado del

La consideración de que solo pueden ser autores de los delitos que nos ocupan los que ejecutan personalmente el acceso carnal, habiendo de responder el resto de sujetos que contribuye al hecho como partícipes de tal acceso carnal, puede tener, como se señaló, consecuencias jurídicas importantes a efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de ejecución conjunta del hecho, así como de la figura del delito continuado.

En el delito de agresión sexual la circunstancia de que la acción típica se ejecute «por la actuación conjunta de dos o más personas» supone una agravación de la pena de acuerdo con el apartado 2.º del art. 180.1 CP, lo que no sucede, sin embargo y curiosamente, en el ámbito del delito de abuso sexual. A este respecto, se ha planteado si en los casos como el que nos ocupa, en que varios sujetos penetran por turnos a la víctima, la agravación de las conductas de todos los participantes por razón de ejecutar conjuntamente el hecho puede infringir el principio *non bis in ídem*. La línea jurisprudencial imperante en este sentido es la siguiente: si la acción típica se atribuye al sujeto bajo el título de autoría, la agravación de la pena por ejecutar conjuntamente con otros su acceso carnal no infringiría el citado principio ya que la autoría no presupone la participación de más personas en el hecho típico, o, dicho de otra manera, el título de autor es independiente; si, por el contrario, la acción típica del acceso carnal se atribuye bajo el título de partícipe –cooperador necesario normalmente o cómplice– puede verse infringido la prohibición de doble valoración en determinadas circunstancias toda vez que este título de imputación ya requiere *per se* de la actuación de otra persona en el hecho, cual es la persona del autor³⁷. El partícipe lo es en el hecho del autor, de ahí la necesaria pluralidad de intervinientes –al menos dos–. De acuerdo con ello, los tribunales distinguen dos supuestos, dándoles diversas soluciones. El primero de ellos sería el caso en que sean solo dos los sujetos que actúan conjuntamente en la ejecución del delito (autor y partícipe), en cuyo caso, de ser los hechos constitutivos de agresión sexual, la circunstancia agravante del art. 180.1.2.º CP se aplicaría solo al autor, y no al partícipe, pues, como se argumenta, su título de imputación implica ya la concurrencia de otra persona en la ejecución del hecho. Si, por el contrario, el acceso carnal se ejecuta en virtud de la actuación conjunta

lugar y al hecho de que la víctima ya se encontrara alterada por una alta dosis de alcohol, hacen del comportamiento de sujeción de la víctima durante la penetración uno de escasa relevancia y, en todo caso, no necesario para la causación del resultado. Junto a ello también se tiene en consideración la circunstancia de que estos sujetos muestran una actitud de respeto y miedo ante el sujeto que accede carnalmente en primer lugar a la víctima, lo que se revela cuando éste les insta a penetrarla por turnos posteriormente, y ellos simulan realizar el acceso carnal ante el respeto y temor que les inspira.

³⁷ Así, entre otras muchas, las SSTS 686/2005, de 2 de junio, 217/2007, de 16 de marzo, 61/2008, de 24 de enero, y 338/2013, de 19 de abril.

de más de dos personas –segundo supuesto individualizado por los tribunales–³⁸, la circunstancia agravante de ejecución conjunta del hecho sí se aplicaría a los partícipes pues estarían entonces realizando su aportación a un hecho ya agravado por algo distinto a su propia contribución. En consecuencia con esta interpretación jurisprudencial, en aquellos casos en que intervengan en la ejecución del hecho típico solo dos sujetos, y, de acuerdo con la línea jurisprudencial ahora examinada, se califique como conducta de cooperación necesaria la del sujeto que no accede carnalmente, pero que contribuye a dicho acceso, no podrá aplicarse a este la circunstancia agravante de ejecución conjunta del hecho del art. 180.1.2.º CP.

La consideración de partícipes de todos los sujetos que contribuyen al acceso carnal, sin realizar personalmente la penetración, también tiene efectos a la hora de valorar jurídicamente la pluralidad de acciones típicas ejecutadas por cada uno de los sujetos intervinientes en la comúnmente denominada «violación grupal». Como ya se dijo, a cada sujeto se le hace responsable tanto del acceso carnal que personalmente ejecuta, como de los accesos carnales ejecutados personalmente por el resto de compañeros, a los que contribuye, siendo, en consecuencia, plurales las acciones típicas atribuidas a cada sujeto. Las posibilidades en cuanto a la valoración de esa pluralidad de acciones típicas pueden ser, a este respecto, dos: (1) valorar unitariamente dichas acciones típicas, responsabilizándose al sujeto por un concurso real de delitos –de tantos como acciones típicas se le atribuyan–, o (2) valorar conjuntamente esas acciones típicas como un delito continuado *ex art. 74.1 CP*³⁹. La realidad es que la práctica totalidad de sentencias que atribuyen los accesos carnales a los que no acceden personalmente bajo el título de participación optan por la primera de

³⁸ Reprodúzcase el siguiente fragmento de la STS 338/2013, de 19 de abril, FJ Quinto, que viene a sintetizar de forma clara esta interpretación jurisprudencial: «La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que al ser el cooperador alguien que colabora al hecho de otro, en esos casos siempre actuarán conjuntamente dos personas, de manera que podría entenderse en un principio que el ser cooperador en un delito de agresión sexual, en todo caso llevaría aparejada la agravación prevista en el artículo 180.1.2.º citada. Dicho de otra forma, la actuación del cooperador, por su propia existencia, siempre estaría agravada. Pero se produciría entonces una doble valoración de la misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y de otro, sin requerir otros elementos, para aplicar la agravación. Esto ocurriría cuando en el caso interviniesen solamente dos personas, el autor y el cooperador, y no cuando intervengan más, pues entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto de su propia aportación».

³⁹ Dispone este precepto que: «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

las opciones⁴⁰. La razón es que los tribunales entienden que si el título por el que se atribuyen las distintas acciones típicas a los sujetos difiere –en el sentido de que el propio acceso carnal se atribuye bajo el título de autor, y los accesos carnales ejecutados personalmente por sus compañeros se imputan bajo la figura de la cooperación necesaria–, no concurriría el elemento de la homogeneidad de las acciones típicas, o, si se prefiere, el de la unidad del sujeto activo de las acciones típicas, que se considera como requisito de aplicación del delito continuado⁴¹.

V.2. Interpretación nueva: la extensión de la responsabilidad a título de autor a los que contribuyen al acceso carnal de otros. Especiales reflexiones en torno a las consecuencias en materia de continuidad delictiva

Se ha abierto paso en la doctrina jurisprudencial reciente la interpretación según la cual los sujetos que contribuyen al acceso carnal de otro pueden responder por dicho acceso en calidad de autores. Esta visión de la cuestión, que aún parece ser minoritaria⁴², es a mi juicio la más correcta. Superada la trasnochada concepción de los delitos sexuales como tipos penales de propia mano, insta aplicar en este ámbito de la delincuencia las teorías sobre autoría y participación que se vienen empleando en relación al resto de infracciones penales. En este sentido, y como se señaló, tanto si se considera aplicable la teoría objetivo-formal, como la material del dominio del hecho, puede concluirse que personas que no ejecutan personalmente el acceso carnal pueden también ser consideradas autoras del mismo, junto al que realiza dicho acceso. Reiterada jurisprudencia ha señalado que son elementos del tipo objetivo del delito de

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, las SSTS 462/2003, de 26 de marzo, 76/2006, de 31 de enero, o 998/2007, de 28 de noviembre.

⁴¹ Explica muy bien esta interpretación la STS 493/2017, de 29 de junio, FJ Segundo, apartado 3. No obstante ello, se encuentra alguna sentencia en la que el tribunal difiere de dicha interpretación mayoritaria, aplicando la continuidad delictiva pese a la diversidad de títulos de imputación de las diversas acciones típicas atribuidas. Así, por ejemplo, la STS 493/2017, de 29 de junio, que condena a un sujeto como responsable de un delito continuado de agresión sexual, valorando así conjuntamente *ex art.* 74.1 CP las dos acciones típicas que se le imputan (una a título de autor, y otra a título de cooperador necesario). Puede citarse también a este respecto la STS 849/2009, de 27 de julio, que sostiene que la diversidad del título de imputación de las diversas acciones típicas no ha de suponer un óbice a la aplicación de la figura de la continuidad delictiva, arguyendo en su FJ Segundo que «esa mitigación de la homogeneidad –en virtud del diverso título de imputación de las acciones– carece de relevancia y entidad, al menos jurídica, suficiente para excluir la consideración unitaria del artículo 74 del Código penal».

⁴² Pueden citarse como integrantes de esta línea interpretativa las SSTS 849/2009 de 27 julio y 786/2017, de 30 de noviembre.

violación tanto el acceso carnal como el empleo de la violencia o de la intimidación, que son los medios comisivos propios de esta figura⁴³. Algo parecido habría que concluir en relación al delito de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal, siendo en este caso los elementos del tipo objetivo tanto el acceso carnal como el ejercicio de presión sobre la víctima. De esta forma, si se adopta la teoría objetivo-formal, tendríamos que concluir que tan autores son el que ejecuta el acceso carnal como el que sujeta con fuerza a la víctima, el que la amenaza con el cuchillo, o el que contribuye con su sola presencia a la generación del ambiente intimidatorio, pues todos realizan acciones ejecutivas del tipo penal aplicable en cuestión. Si se aplica la teoría del dominio del hecho, habríamos de considerar autores, por ostentar dominio funcional del hecho, a todos los que, en ejecución de un acuerdo, ya previo, ya tácito y simultáneo al hecho, aporten una contribución relevante al hecho en fase ejecutiva, entrando aquí también los supuestos anteriores de sujetos que agarran a la víctima por los brazos mientras otro la penetra, que la amenazan con un arma o que contribuyen con su presencia a generar el contexto intimidatorio.

Esta interpretación de la cuestión solventa, además, los problemas vistos *supra* en relación a la aplicación de la circunstancia agravante por ejecución conjunta de los hechos y de la figura del delito continuado del art. 74 CP. Si se considera a los sujetos que intervienen en el hecho, realizando alguna de las contribuciones relevantes antes mencionadas, como autores, no habrá problemas en aplicar a todos ellos, si el delito en cuestión es la violación, la circunstancia agravante del art. 180.1.2.º CP, toda vez que la autoría no implica *per se* la ejecución del hecho con más personas, no resultando infringido, así, el principio *non bis in ídem*⁴⁴. En cuanto a la continuidad delictiva, al atribuirse, bajo esta interpretación, todas las acciones típicas ejecutadas en el transcurso de las denominadas «violaciones múltiples» a todos los sujetos intervinientes bajo el título de autoría, existen menos reticencias a entender concurrente en relación a las acciones típicas atribuidas a cada uno de ellos el elemento de la homogeneidad, considerado como requisito *sine qua non* de la continuidad delictiva. A mi juicio, de todas maneras, la diversidad del título de imputación, que constituye una cuestión jurídica, que no fáctica, no debería suponer un impedimento a efectos de apreciar la existencia de la citada homogeneidad de las acciones típicas, y, por tanto, del delito continuado. Dicho elemento se refiere, en mi opinión, a las circunstancias en las que tienen lugar las diversas acciones

⁴³ En este sentido se pronuncia la STS 849/2009 de 27 julio, FJ Segundo, apartado 2: «tan autor [...] puede considerarse el que realiza actos de verdadera violencia, como el que ejecuta el contacto sexual».

⁴⁴ Véase la STS 338/2013, de 19 de abril, FJ Quinto, que señala que al autor «le sería de aplicación la agravación pues es perfectamente imaginable un autor sin cooperador».

típicas ejecutadas por el sujeto en cuestión, y no a la forma de atribución de las mismas a efectos jurídico-penales. Aun así, insta recordar que la aplicación de la figura del delito continuado resulta en materia de delincuencia sexual potestativa *ex art. 74.3 CP*⁴⁵. Y, lo cierto es, que ha existido tradicionalmente cierta reticencia entre los jueces a aplicarla a los delitos sexuales, sobre todo a las agresiones sexuales. Así, en casos en que concurrían claramente los elementos del delito continuado previstos en el art. 74.1 CP los tribunales no han aplicado la figura, castigando a los sujetos por un concurso real de delitos. La especial gravedad que se atribuye a los delitos de agresiones sexuales en atención a sus especiales medios comisivos ha contribuido sin duda a dicha circunstancia⁴⁶. Aun así en los últimos años se había abierto camino un proceso de aceptación de la aplicación de la continuidad delictiva también en los delitos de agresión sexual⁴⁷, que curiosamente parece haberse revertido si atendemos a pronunciamientos, como el del Tribunal Supremo en el caso de La Manada, en el que se censura la aplicación de esta figura realizada por parte del tribunal de instancia⁴⁸. Reconociendo tener muchas dudas en esta materia ante la complejidad del tema, lo cierto es que no veo con tanta reticencia la aplicación del delito continuado al ámbito de la delincuencia sexual. Ha de tenerse en cuenta, como se ha visto en los apartados relativos a las cuestiones de la individualización y de la atribución de las acciones típicas, que en esta materia el número de acciones típicas individualizables suele ser mayor que en otro tipo de delitos. Ya vimos que se reconocen *al menos* tantas acciones típicas como sujetos realicen el acceso carnal, imputándose, además, las mismas a todos los sujetos

⁴⁵ Determina este precepto que en el caso de las infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo «se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». Nótese que cuando las acciones típicas afecten a sujetos pasivos distintos no cabrá la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado, habiendo de recurrirse obligadamente al concurso de delitos.

⁴⁶ A este respecto resulta curioso que muchos de quienes en la doctrina han apostado siempre por la no aplicación de la continuidad delictiva a los delitos de agresión sexual en atención a la especial gravedad de estas infracciones por los medios comisivos ínsitos en las mismas –el uso de la violencia o intimidación–, apoyen ahora la reciente reforma anunciada en los delitos sexuales, que precisamente aboga por equiparar penológicamente todos los actos de carácter sexual no consentidos, arguyendo ahora que los medios comisivos no son relevantes a efectos de establecer diferencias en el tratamiento jurídico de unas y otras conductas.

⁴⁷ Véanse, a este respecto, las SSTs 626/2005, de 13 de mayo, 585/2014, de 14 julio, o 561/2016, de 27 de junio, entre otras.

⁴⁸ Véase el comunicado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2019, relativo a la STS 344/2019, de 4 de julio, que enjuiciaba los hechos probados del caso de La Manada, en el que se señala: «El Tribunal constata [...] el error en la calificación jurídica de la sentencia de instancia que consideró concurrente un único delito continuado, cuando por la pluralidad de intervinientes y de actos agresivos, la correcta calificación, de acuerdo a reiterados precedentes de la Sala, hubiera sido considerar a los acusados autores y partícipes de una pluralidad de delitos de agresión sexual. Este extremo no ha sido objeto de impugnación y, consecuentemente, el principio acusatorio impide pronunciarnos al respecto».

intervinientes. De aplicarse en todo caso el concurso real de delitos, las penas resultantes a imponer a los sujetos serían en muchas ocasiones –sobre todo cuando el número de sujetos es superior a dos– especialmente altas, resultando –sin desconsiderar, por supuesto, la gravedad ínsita a los hechos– desproporcionadas⁴⁹.

⁴⁹ Póngase como ejemplo la sentencia de instancia del caso Arandina (SAP Burgos 379/2019, de 11 de diciembre), en la que la apreciación de la figura del concurso real de delitos llevó a condenar a cada acusado a una pena de 38 años de prisión, pues se condenó a cada uno de los acusados a 14 años de prisión por el delito de agresión sexual correspondiente al acceso carnal llevado a cabo personalmente, y a 24 años en concepto de cooperador necesario de los delitos de agresión sexual cometidos por los otros dos acusados.

LEY DE MUERTE DIGNA Y EUTANASIA

LEY DE LA EUTANASIA: UNA LEY EMANADA DE LA DIGNIDAD

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València

I. NECESIDAD. ASPECTOS CONCEPTUALES Y VALORATIVOS

En efecto, «el reconocimiento del derecho a decidir sobre la propia vida y la no consideración de la imposición de ésta más allá de la voluntad de su titular es una consecuencia coherente de la dignidad de la persona, que el artículo 10 de la Constitución proclama como «fundamento del orden político y de la paz social». Sólo desde tal proclamación alcanza su pleno sentido el propio Estado social y democrático de Derecho, pues sólo mediante la consideración de los ciudadanos y ciudadanas como dueños de sus propios destinos sin más limitación que el respeto a los derechos de los demás –y ése es el sentido del término «dignidad»– es posible concebir su funcionamiento», tal como proclama el Manifiesto a favor de la tramitación de la Ley que firmaron casi trescientos juristas. La Ley no va contra la vida ni a favor de la muerte, como algunos pretenden. (Así lo reconoce, por ejemplo Vargas Llosa, M.: El derecho a morir, en *El País*, 3 de enero de 2020: «Tras la aprobación de la ley de eutanasia recordemos que el derecho a vivir no se ve amenazado por el derecho a morir. No hay nada como la referencia de la muerte para apreciar las riquezas de la vida»). Más adelante analizaré el alcance de tal afirmación y si el descanso en el término «Dignidad» permite establecer dos tipos de derechos, entendidos como libertad –que implican el deber del Estado de no prohibirlos– o como pretensión legítima –que obligan a impedir jurídicamente

la oposición no justificada–, como recientemente, y para diferenciar el pretendido «derecho al suicidio» según nos encontremos en un contexto eutanásico o no ha defendido entre nosotros Moreso (Moreso, J. J.: Dignidad humana: Eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio, en Tomás-Valiente, C. (coord.) La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la ley orgánica de regulación de la eutanasia, 2021, en prensa.

De momento afirmaremos que el tratamiento como sujeto, como persona, al ser humano implica el reconocimiento a su capacidad para decidir sobre sí mismo, sin la imposición de deberes y sujeciones de naturaleza religiosa y aún ética o cultural que ella misma –la persona– no quiera libremente abrazar. Y si el Estado social y democrático de Derecho tiene la Libertad como valor superior y la Dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social, la negación de cualquiera de estos principios básicos supondría la negación de sí mismo.

Por todo ello hemos venido entendiendo que la punición de las conductas de ejecución de la voluntad del titular de la vida cuando decide disponer de ella no se ajustaban adecuadamente a dicha concepción del Estado y suponían –siguen suponiendo– una incoherencia valorativa (Carbonell Mateu, J. C: Constitución, suicidio y eutanasia: cuarenta años de mala coexistencia, en De Lucas, J. Rodríguez Uribe, J. M. (coord.): Derechos humanos y Constitución, València, 2018.

La absolutización del valor vida, derivada de su reconocimiento como derecho, lo convierte en deber jurídico exigible cuando su titular decide rechazarlo. De ello se deduce su conversión en deber jurídico imponible contra la voluntad. Siendo cierto que no se castiga la tentativa de suicidio, ello no se hace ciertamente porque se reconozca un derecho al mismo o incluso como se afirma frecuentemente un «derecho a morir» –que, en mi opinión resulta, como tal, muy discutible– sino sencillamente porque el Ordenamiento renuncia a una intervención que resultaría inútil por total ausencia de la potencia motivadora de la prohibición y de la pena con que pudiera venir conminada. Lo que produce un efecto que conlleva una cierta hipocresía: no se prohíbe el suicidio pero sí la intervención de terceros, especialmente si se trata de actos necesarios y de la ejecución de la voluntad del suicida que no puede físicamente llevarla a cabo. Una concepción como la que aquí se mantiene conduce a rechazar que la Constitución imponga al ciudadano deberes basados en valores independientes de su libertad y su dignidad. En este sentido, debe rechazarse la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular. Las anteriores consideraciones resultan obvias, aunque no se lo parezcan tanto a la Exposición de Motivos de la LORE. Al fin y al cabo, salvo en su-

puestos muy concretos, la Constitución no impone al legislador democrático la tutela penal de un bien jurídico. Por eso, afirmar que es constitucional una destipificación no supone un avance que vaya más allá de afirmar lo evidente. Será necesario profundizar algo más en la consideración de la dignidad humana como soporte constitucional de los derechos fundamentales.

Y en este sentido, debe considerarse que los derechos –y la vida no es una excepción– se reconocen a la persona humana en cuanto que ser digno y libre. La vida es un bien jurídico de naturaleza estrictamente individual. De la Constitución Española no puede desprenderse la existencia de un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética. No existe, en ese sentido, una especie de «función social de la vida», a modo de la que el artículo 33.2 configura para la propiedad. Si esto es así, hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida, sin ambages. Y ello ha de conducir a la afirmación de que, si bien la vida es un valor positivo, incluso con independencia de la voluntad de su titular, no puede ser impuesta a la persona contra su voluntad. *«La decisión de una persona de terminar con su vida, fuera de los supuestos en que no exista una relación de sujeción especial de protección, queda al margen del ámbito del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución, es decir, que no existe un deber de vivir sino que la esfera de la libertad de las personas autoriza poder adoptar una decisión de esa naturaleza»*, como acaba de recordar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 141/2001, de 4 de febrero. Por supuesto, de lo aquí afirmado se puede desprender un planteamiento mucho más ambicioso que el que aborda la LORE, pues ésta exige para su aplicación que nos encontremos precisamente en un «contexto eutanásico» y no cuestiona la punición de las conductas relacionadas con el suicidio cuando no se da tal contexto: no se modifica, por ello, la vigencia de los tres primeros números del vigente artículo 143 del Código Penal, sólo parcialmente y para adaptarlo a las definiciones de la nueva Ley el número 4 y se añade un número 5 donde se prevé la despenalización cuando se cumplen todos los requisitos y procedimientos establecidos en la nueva Norma. Tampoco la pretensión de este trabajo es desviarse excesivamente de la novedad legislativa, pero sí denunciar que continúan las incoherencias valorativas en cuanto a la punición de la cooperación al suicidio entre Constitución y Código Penal. Porque el cuerpo punitivo sigue tratando a quien ha decidido disponer de su propia vida fuera de un contexto eutanásico como un ser que actúa en contra de los dictados éticos dominantes, y a quien colabora con él, sencillamente como un criminal a quien impone penas que pueden llegar a diez años de prisión.

La consideración de esta situación como contradictoria ha sido declarada, si se quiere con ciertos matices en la medida que se predicaba de una pro-

hibición de prestar ayuda al suicidio de modo profesional, por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) en su Sentencia de 26 de febrero de 2020—. Vale decir que los textos de las Constituciones alemana y española sobre la materia son significativamente idénticos. El Tribunal proclama, como no puede ser de otra manera, la intangibilidad de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como el deber del Estado de garantizarlos. Y añade que tal reconocimiento implica su capacidad para autodeterminar su vida y, en la medida de sus posibilidades, ponerle fin

El derecho a la muerte auto-determinada no está limitado a situaciones definidas por causas externas como enfermedad seria o incurable, no se aplica únicamente a ciertas etapas de la vida o de la enfermedad. Por el contrario, este derecho está garantizado en todas las etapas de la existencia de una persona. Restringir el alcance de la protección a causas o motivos específicos equivaldría esencialmente a una evaluación substantiva y, por lo tanto, pre-determinada, de los motivos de la persona para procurar el fin de su propia vida, algo ajeno a la noción de libertad de la Ley Fundamental, para añadir:

Dado que el derecho al suicidio, que incluye los motivos que subyacen a una decisión individual de cometer suicidio, es reconocido por el derecho constitucional y dado que estos motivos eluden cualquier evaluación basada en estándares de racionalidad objetiva [...], la permisibilidad del auxilio al suicidio no puede vincularse a criterios substantivos, por ejemplo, requiriendo un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal. Sin embargo, otros diversos requisitos pueden ser establecidos, dependiendo de las relevantes circunstancias de la vida, exigiendo que la decisión de un individuo a cometer suicidio sea seria y estable. El legislador es libre de desarrollar un esquema de salvaguardas procesales.

Moreso resume el pronunciamiento, en cuatro puntos, de los que tan sólo acepta dos cuestionando la validez de los restantes y negando, de forma poco convincente, su aplicación al Derecho español:

[1] La dignidad humana funda un amplio derecho a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad.

[2] La autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad implican el derecho constitucional irrestricto (de personas adultas, que muestran una voluntad clara y estable al respecto) a disponer de la propia vida.

[3] Si alguien tiene un derecho constitucional, su derecho no puede ser limitado más que por medidas razonables, que pasen el test de proporcionalidad.

[4] Impedir el auxilio ejecutivo al suicidio es una medida irrazonable y no proporcional.

[Ergo] Moreso, J.J. Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio, en Tomás-Valiente, C. (coord). Penar el auxilio ejecutivo al suicidio es una medida inconstitucional.

Pues bien, el citado autor considera la vida como un valor intrínseco para lo cual recurre al mismo Kant y a que sea precisamente ello lo que otorga Dignidad y permita tratar a la persona como sujeto y no como objeto. Al margen de ese apoyo, Moreso acaba aceptando ciertos valores con independencia de a quién van dirigidos y de si son o no instrumentales para la satisfacción de los deseos de los titulares de los derechos de que derivan. Lo que pervierte la relación entre derecho y valor. Y convierte ciertos valores en absolutos –o, al menos, semiabsolutos, lo que les hace indisponibles. Es decir, convierte los derechos en deberes no sólo de terceros que han de respetarlos– sino de su titular, que ha de soportarlos. Con ello la persona sigue sometida a criterios impuestos más allá de los límites –éstos sí– intrínsecos del libre desarrollo de la personalidad, que no pueden ser otros que los derivados del necesario respeto a las libertades de los demás. ¿O no fue precisamente Kant quien definió el Derecho como «regulación de la coexistencia de libertades?» Y, con ello, la cuestión de la eutanasia pierde su consideración como derecho derivado de la dignidad para convertirse en un permiso –débil– fundamentado en la simple limitación del sufrimiento; es decir, en la compasión. No puedo compartir tal argumentación.

Creo, por el contrario, que la Sentencia del BVfG de 26 de febrero de 2020, tanto en lo que proclama cuanto en lo que supone implícitamente es trasladable a España. Y que debería comportar, cuando de den las condiciones para ello, una revisión a fondo de todo el artículo 143 del Código penal y del tratamiento jurídico de las conductas relacionadas con el suicidio. Y, de momento, a contribuir a una interpretación de la LORE; especialmente de los controles que establece, que deberían estar más encaminados a comprobar la autenticidad de la voluntad del peticionario que a la extensión de lo que hemos venido llamando «contexto eutanásico». La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, que tanta influencia ha tenido tradicionalmente en el español, hace necesaria la revisión no sólo del último párrafo del artículo 143 del Código Penal; es decir la punición aunque sea privilegiada de la eutanasia, sino de todo el precepto en que se regula la participación en el suicidio. Sin duda que la situación dramática en la que se pueden producir conflictos entre valores fundamentales no puede ser ignorada por el Derecho, pero tampoco puede

serlo, y además a través de la pena –una vez más el recurso a la prisión es la solución de cualquier conflicto– la consideración de la persona como dueña de su destino y de su capacidad de autodeterminación, indisoluble consecuencia de su dignidad, como fundamento del Estado social y democrático de Derecho

Quienes se muestran contrarios a la Ley o por mejor decir, a la legitimidad de la eutanasia, contraponen ésta al suministro de cuidados paliativos, afirmando que éstos son necesarios y suficientes para que el final de la vida se produzca sin dolor ni sufrimiento. Así lo hace, por ejemplo, el Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación, de 6 de octubre de 2020 (en adelante: Informe del Comité de Bioética). El Informe hace una excelente descripción de las virtudes e insuficiencias de los cuidados paliativos en nuestro país, citando expresamente la Resolución del Consejo de Europa 1418, adoptada por su Asamblea (24.ª Sesión), el 25 de junio de 1999 que considera los cuidados paliativos como un derecho legal e individual de todos los enfermos terminales o moribundos en todos los Estados miembros. Desgraciadamente, y así se afirma en el Informe, la realidad dista mucho de la satisfacción de tal pretensión. No puedo sino mostrar mi total acuerdo con el reconocimiento de los Cuidados Paliativos, especialmente, cuando es necesaria, de la sedación, como un derecho subjetivo que ha de comportar la obligación del Estado de prestarlos; desde luego sin que tal prestación pueda tener efectos negativos para el personal sanitario que la prescribe y la hace efectiva, como por cierto ha sucedido en nuestro país.

Pero Cuidados Paliativos y reconocimiento jurídico del derecho a decidir sobre el propio destino y la eutanasia solicitada, lejos de ser contrapuestos, han de ser complementarios y suponen diversos grados de la capacidad del ciudadano para tomar decisiones sobre sí mismo y del personal que garantiza su salud para suministrar una respuesta conforme a la misma. El Informe del Comité de Bioética califica, en diversos pasajes, tanto los Cuidados Paliativos como la eutanasia en un contexto de compasión. Y es eso lo que, a mi juicio, lo hace insostenible: no se trata de compadecerse de la persona que sufre y tratar de paliar su dolor por esa compasión, como lo hacemos con un animal de compañía o incluso de uno cualquiera con el que sintamos un mínimo de empatía, sino, tal como venimos afirmando, de actuar conforme a la Dignidad, reconociéndole la capacidad de decidir en torno al tratamiento que puede recibir o rechazar y a la continuidad de su vida, por la que también puede decidir que se lleven a cabo cuantas medidas sean posibles, que se cese en cualquiera

de ellas, o incluso que se ponga fin a su vida de la manera menos traumática y más digna posible.

Cuidados paliativos y derecho a la eutanasia no sólo no son contradictorios, sino que suponen grados de un mismo concepto: el que deriva de la Dignidad, que supone ser tratado como un ser con pleno dominio sobre su destino, dentro, claro está, de las limitaciones de la Biología.

II. DE LA PLORE A LA LORE

La Exposición de Motivos de la Ley, tras definir la eutanasia como «*el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento*» afirma que se parte del consenso alcanzado en nuestras doctrinas bioética y penalista de reducir la cuestión a la tradicionalmente denominada «eutanasia activa directa»; es decir, a la llevada a cabo mediante formas de acción positiva («el que causare o cooperare con actos necesarios y directos a la muerte de otro»), de manera que se excluye del concepto la no continuidad de un tratamiento rechazado por el paciente capaz —o incluso cuando tal circunstancia no se produce pero dicha continuidad se considera inútil o, sobre todo, ineficiente—. Se destaca la existencia de un debate social real al que se llega tanto por la concepción liberal-democrática y, en definitiva, laica que inspira a la mayor parte de la sociedad civil —en mi opinión en mucha mayor medida que a los partidos políticos que han venido dominando tradicionalmente el arco parlamentario— cuanto por las circunstancias objetivas que permiten alargar la vida aunque no siempre manteniendo su calidad en términos aceptables.

La Ley procede de una Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Socialista, idéntica a la que se presentó en 2018, que decayó como consecuencia de la disolución parlamentaria y que, a su vez, había seguido a otra proposición, ésta presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que, con la abstención de los socialistas, no fue aprobada para su tramitación. Ambas proposiciones parecían tener idéntica finalidad, si bien existían diferencias de cierta importancia. (Puede verse en Carbonell Mateu, J. C. *El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad*. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia, en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. M., García Alberó, R. (coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, pp. 799 a 818). Alguna de ellas ha reaparecido con matices durante la tramitación parlamentaria; concretamente, en el Dictamen de la Co-

misión de Justicia del Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados, 17 diciembre de 2020). La Ley, en su Exposición de Motivos, afirma tajantemente que no se trata tan sólo de despenalizar la eutanasia, lo que «dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger».

El texto de la Proposición ha sido, a mi juicio, muy mejorado en su tramitación parlamentaria que acogió algunas de las observaciones que distintos autores habían formulado. (La mayoría, recogidas en el número 82 de la revista de la Asociación Derecho a Morir Dignamente (en adelante DMD, 82, 2020) o en diversos medios. Se refieren fundamentalmente al contexto eutanásico, el procedimiento para la concesión –o denegación– de la prestación de la ayuda a morir y a los efectos de la propuesta de redacción del artículo 143 del Código Penal.

II.1 El contexto eutanásico

Se trata, por tanto, de incluir un procedimiento muy garantista –como veremos inmediatamente, en algún punto discutible, no por garantista sino por incidir excesivamente en las propias limitaciones de la norma, que, como ya hemos visto, no afecta a toda persona capaz que, de forma racional, tome la decisión –discutible o no– de poner fin a su vida, sino tan sólo a aquellas que, siendo mayores de edad (críticamente sobre este aspecto, Fernández García, J.: Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad, en Tomás-Valiente, C. (coord), 2021), se encuentren en lo que viene a denominarse «contexto eutanásico»–, recogido básicamente en el artículo 5 d), que en la PLORE se definía como «Sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave, crónica e invalidante en los términos establecidos en esta ley, certificada por el médico o médica responsable.», y que en la Ley ha pasado a ser «Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en los términos fijados en esta ley, certificada por el médico responsable». Los términos fijados en la Ley definen, en su art. 3, las situaciones previstas, con alguna modificación respecto del texto inicial. Así, se entiende por «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: *situación que hace referencia a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para la misma, existiendo se-*

guridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. «. La modificación más destacable es la de eliminar que la situación derive necesariamente de una enfermedad, lo que habría dejado fuera supuestos tan conocidos como los de Sampedro, en que la imposibilidad derivó, como sucede en innumerables casos, de un accidente traumático. Se mantiene el requisito de la seguridad o gran probabilidad de su no mejoría.

Relevante es también el cambio operado en la definición de la enfermedad grave e incurable, que en el texto inicial descartaba la posibilidad de que la alteración del estado de salud hubiera tenido su origen en una acción del paciente (*por un accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del o la paciente*). Se trata ahora de la enfermedad «*que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable*» Debe destacarse que la medida dependa de la propia persona y no de criterios pretendidamente objetivos que son siempre establecidos por quien no los padece.

La LORE da un especial relieve a la comprobación de que la petición obedece a la plena libertad de quien presta algo más que un consentimiento pues demanda una ayuda al suicidio y pone unilateralmente en marcha el proceso de prestación de la ayuda al suicidio. Ello queda expresado de forma muy tajante, en el artículo 4.3, introducido en el Dictamen de la Comisión:

3. *En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas.*

En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico.»

Por eso, entre los requisitos para recibir la prestación figura el de disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico y las posibilidades de actuación sobre el mismo, incluido en su caso, el acceso a los cuidados paliativos integrales y a cuantas prestaciones tuviera derecho. Como inmediatamente veremos, los procedimientos tanto de solicitud como de realización de la prestación de ayuda a morir pretenden asegurar que la decisión de

la persona solicitante proviene de su voluntad inequívoca (art. 6), y es individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas (art. 3); textos, por cierto, introducidos durante la tramitación parlamentaria, como consecuencia de la aceptación de Enmiendas presentadas por diferentes grupos.

En definitiva, continúa exigiéndose un determinado contexto cuya comprobación es necesaria para la aprobación de la prestación. Pero es muy importante resaltar cómo la Ley extrema las garantías de que estamos ante una petición de ayuda a morir absolutamente propia y libre de influencias o presiones externas.

También por ello adquiere especial importancia la previsión de los documentos de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. En esos casos, se podrá facilitar la prestación conforme a lo en ellos dispuesto, aunque la persona no se encuentre consciente o en disposición de ratificar o rectificar su decisión previa. En el documento puede haberse nombrado un representante, que pasará a ser el interlocutor válido para el médico responsable (art. 5.2).

El artículo 16 de la Ley Orgánica reconoce el derecho a la objeción de conciencia del médico o médica así como del resto del personal sanitario directamente implicados en la prestación de la ayuda, definido como un «*derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones*» (art. 3 f) A tal efecto, y como regula el art. 16, se creará por las administraciones sanitarias autonómicas un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia en el que se inscribirán las declaraciones de objeción, que se habrán de efectuar anticipadamente y por escrito. De esta manera la Administración Sanitaria podrá garantizar adecuadamente la prestación del servicio- (Sobre la trascendencia de la objeción en esta Ley, así como la relevancia conceptual de la misma, ver el excelente trabajo de Ruiz Miguel, A.: Objeción de conciencia y eutanasia, en Tomás-Valiente, C. (coord.), 2021, donde tras negar la existencia de un «derecho general a la objeción» con vocación «expansiva», recuerda que debe primar la presunción de legitimidad de las leyes «que carga la argumentación a quien quiera alegar razones en contra»). Debe destacarse que la objeción solo se admite en los profesionales –no en los centros sanitarios, que hubieran de intervenir directamente en la prestación–. Estamos ante una prestación pública incorporada a la Cartera del Sistema Nacional de Salud, que va a residir en los Centros sanitarios públicos, privados o concertados, que no van a poder objetar como tales. Lo que eso debe significar es que el servicio ha de estar garantizado. Y de eso

deberá ocuparse el manual de buenas prácticas que, en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la ley, deberá elaborar el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud «*con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir*», tal como establece la Disposición Adicional Sexta.

II.2 Los procedimientos de solicitud y realización. Las Comisiones de Garantía y Evaluación

Además de los requisitos ya señalados, el artículo 6 requiere que la solicitud de ayuda a morir se haga por escrito y, en la medida de su capacidad, sea fechada y firmada por la persona solicitante. Si tal capacidad no se diere, la fecha y firma será efectuada en su presencia por persona mayor de edad que hará constar la circunstancia. Se hará, en todo caso, en presencia de un profesional sanitario, que lo rubricará. Por supuesto, la persona que solicita la prestación de la ayuda para morir podrá revocar la solicitud en todo momento, así como pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda. Igualmente habrán de otorgarse validez a las instrucciones previas contenidas en el correspondiente documento que hubiera sido firmado por la persona que solicita la ayuda aunque –o justamente en ese caso– no fuera capaz en el momento de la prestación. En el caso de los documentos de instrucciones previas, la solicitud podrá presentarla una persona mayor de edad y capaz, o incluso el propio médico responsable [sobre el procedimiento, y cada uno de sus pasos, así como una descripción de los diferentes sistemas de control en el Derecho comparado, *vid.* Beltrán Aguirre, J. L. «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en Tomás-Valiente, C. (coord), 2021].

El médico responsable puede denegar la petición si considera que no se dan los requisitos. En ese caso, cabe recurso ante la Comisión de Garantía y Evaluación, que tiene un papel relevante tanto antes como después de la prestación. Existirá una por cada Comunidad Autónoma, además de las de Ceuta y Melilla, será nombrada por el correspondiente Gobierno autónomo, será interdisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros. Entre los que se incluirán personal médico y juristas. Debe destacarse que estas referencias fueron incluidas en el texto como consecuencias de enmiendas presentadas por los Grupos, pues existía en el inicial un enorme vacío sobre composición y funciones de un órgano vital en el procedimiento, lo que me obligó a señalar en un comentario a dicho texto que «*si bien la composición y regla-*

mento habrán de ser regulados por los Gobiernos autónomos, se trata de una instancia ajena a la relación directa entre paciente y médico. El texto, al remitir la regulación a las Comunidades Autónomas, deja un vacío que puede resultar excesivo. En mi opinión, deberían establecerse aquí unas condiciones comunes mínimas en la composición de las Comisiones: su carácter técnico, con la presencia de profesionales vinculados al Derecho, la Medicina –incluyendo la Psiquiatría– y la Psicología y evitando un sesgo excesivamente partidista». La observación ha sido atendida en parte. Como veremos a continuación se mantiene un doble control –previo y posterior a la prestación, que puede resultar disfuncional en la medida en que aleja la decisión de la voluntad inequívoca de la persona solicitante. Pero, ciertamente, la regulación del control previo ha sufrido –o, mejor dicho, gozado de– diversas modificaciones respecto del texto inicial.

El procedimiento se inicia, obviamente, con la solicitud que ha de ser doble, con una separación de al menos quince días excepto en el caso que el médico responsable considere que hay riesgo de pérdida de capacidad inminente. Deberá ser formulada por escrito, en documento fechado y firmado. A ambas solicitudes seguirá un proceso deliberativo entre médico y paciente, planteándose a éste la posibilidad de desistir. Habrá de solicitarse un Informe de un médico consultor, que deberá corroborar que se dan los requisitos legalmente exigidos. En el caso de que resulte contrario a la prestación y exista, por tanto, discrepancia entre ambos médicos, se trasladará a la Comisión de Garantía.

Si no sucede tal circunstancia, el médico responsable elevará la petición compuesta por dos documentos a la presidencia de la Comisión, para que designe a dos miembros –un jurista y un médico– que podrán recabar información e incluso entrevistarse con médico y paciente y emitirán un Informe. Si éste es favorable, servirá de resolución a los efectos de realización de la prestación; si no lo es, cabrá el recurso ante el pleno de la comisión –excluidos los informantes– y si hay discrepancia entre ellos, se elevará igualmente a la Comisión para la decisión definitiva. La decisión favorable determinará la realización y la desfavorable podrá ser objeto de recurso contencioso.

La prestación tiene una doble posibilidad de realización. Puede consistir en *la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente* (art. 3, g.1.º) o en *la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte* (art. 3, g, 2.º). En ambos casos, el personal sanitario asistirá al paciente hasta su fallecimiento.

Una vez llevada a cabo la prestación, el médico o médica deberá remitir a la Comisión autonómica de Garantía y Evaluación dos documentos diferentes. En el primero constarán las identidades de la persona asistida, así como las del médico o médica que la prestaron y de los que fueron consultados. Igualmente constará si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o equivalente y, en su caso, de un representante, cuya identificación completa también constará.

El documento segundo contendrá todos los datos e informaciones que permiten formar una opinión sobre la concurrencia de los requisitos. De esta manera se garantiza el anonimato pues, salvo que se planteen problemas que hagan necesario lo contrario, la Comisión de Garantía y Evaluación adoptará sus decisiones sin acceso a las identidades y, por tanto, de manera rigurosamente objetiva.

La inmensa mayoría de las legislaciones comparadas centra la actividad de control en este momento ulterior. De hecho, no hay ninguna que prevea un control previo por un órgano colegiado. Y en España la previsión del control previo fue muy cuestionada porque aleja la decisión de la relación médico-paciente y complica extraordinariamente un procedimiento que normalmente no puede demorarse sin que se agrave la situación de la persona que lo necesita. Interesante, desde la perspectiva de los profesionales de la Medicina, la posición crítica de Broggi: *Y es que, aparte de confusiones en el redactado, exigir un control previo como requisito puede aumentar el carácter defensivo de la práctica profesional, e incluso, como hemos intentado apuntar, para casos no propiamente eutanásicos. De hecho, incluso en éstos, representa socializar el proceso prematuramente, con una clara desconfianza a los profesionales sanitarios y a las decisiones que se toman en el seno de la relación clínica. Para la persona que padece una enfermedad avanzada, terminal y/o con sufrimiento insoportable, es una medida cruel, porque ve que su difícil decisión deberá llevarla más allá del círculo de su confianza, de su cabecera. Su demanda se verá expuesta a un escrutinio prematuro de los miembros de una comisión alejada de él y que puede dificultar el proceso. Por lo tanto, el control ex ante, creyendo allanar el camino con un garantismo más estricto –que ningún otro país ha aceptado–, sacará fuera de la relación clínica la decisión final, disminuyendo la responsabilidad del profesional en ella y la intimidad y de calidez que, en su situación de vulnerabilidad, toda persona enferma querría conservar* [Broggi Trias, M. A.: La ayuda profesional al final de vida y la demanda eutanásica, en Tomás-Valiente, C. (coord.). 2021].

La decisión de que la prestación se someta a un control previo puede resultar muy peligrosa en la medida en que obliga a una comprobación que su-

para la relación médico-paciente de la concurrencia de los requisitos y condiciones y deja la decisión a un ente cuya composición la ley no determina, sino que delega a las Comunidades Autónomas, o que a su vez puede hacer, como por otra parte ha sucedido ya en otros ámbitos e incluso en otros aspectos de éste, que las decisiones difieran de manera radical, hasta el punto de convertir la Ley en inoperante en alguna zona del territorio español. Sería realmente lamentable que la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en torno a su destino dependiera de la estrategia política de los partidos que componen los diversos gobiernos autonómicos si éstos se acaban proyectando en las respectivas Comisiones. Es, al menos preocupante, que el sistema de controles pueda ser utilizado para llevar la objeción de conciencia mucho más allá de la dimensión real, convirtiéndose en un boicot a la puesta en marcha de la Ley. (En ese sentido, Beltrán Aguirre, 2021).

La mera exigencia del control previo resulta sumamente discutible porque aleja la decisión final de la voluntad del solicitante –debería bastar con un control posterior o, como máximo, con una constatación notarial de la concurrencia de los requisitos o del reconocimiento de la capacidad de médico y paciente para la toma de decisiones válidas–. No se niega que no pueda ejercer algún papel positivo, pues garantiza la concurrencia de los requisitos y da al médico la tranquilidad de que su actuación ha sido previamente refrendada. Pero que la admisión de la decisión vaya a depender de un órgano cuya composición la ley deja abierta lo hace sumamente discutible. Probablemente por ello la LORE contiene previsiones que no figuraban en la PLORE, tales como la composición mínima de la Comisión –que, por cierto, ya no es de Control sino de Garantía– así como su carácter multidisciplinar. Se prevé, además, en un nuevo párrafo 5 del art. 17, según el cual «*El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las Comisiones de Garantía y Evaluación de las comunidades autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud*», mientras que se ha añadido una Disposición Adicional Tercera, que determina la remisión por las Comunidades Autónomas al Ministerio de Sanidad de Informes Anuales -elaborados por las respectivas comisiones de Garantía y Evaluación. Sin duda, la preocupación por un desarrollo desigual de la Ley está presente. Y es que puede resultar criticable esta tan trascendente presencia autonómica en una materia que supone desarrollo de derechos fundamentales. Es destacable que sean precisamente los preceptos referidos a las Comisiones de Garantía y Evaluación los únicos que no tienen carácter de ley orgánica, de acuerdo con la Disposición final tercera. La Segunda, al referirse al título competencial puede dar alguna pista: *Esta Ley*

*se dicta al amparo del artículo 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución española, que atribuyen al Estado la competencia **para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales**, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, **respectivamente, salvo la disposición final primera que se ampara en la competencia que el artículo 149.1. 6.ª atribuye al Estado sobre legislación penal.** (en negrita, texto incorporado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.)*

II.3 La despenalización

Ya se ha advertido que, como señala la propia Exposición de Motivos, aunque no se comparta el sentido que ahí se contiene, esta Ley no es únicamente una norma despenalizadora. Contiene un procedimiento del reconocimiento de un derecho fundamental a la eutanasia, que no es lo mismo que el absurdamente pretendido «derecho a morir» –derecho que implicaría una valoración positiva de la muerte y, por consiguiente, negativa de la vida– que carecería de sentido, porque tal cosa sucede con todo reconocimiento de un derecho a algo que va a suceder inexorablemente, con o contra la voluntad de su pretendido titular. No es a morir a lo que se tiene «derecho» sino a elegir en la medida de lo posible el momento y la forma en que dejamos de vivir. El pretendido «derecho a morir» es, en realidad un derecho a que no se imponga la vida como un deber inexorable e indisponible. Y esta Ley, por fortuna, va más allá de la despenalización, en determinadas y limitadas circunstancias, de las conductas de cooperación al suicidio en el marco de un contexto eutanásico. Aunque también este apartado figura entre los que han sido modificados de manera trascendental por la tramitación parlamentaria, de manera que existe un texto muy diferente entre PLORE y LORE, debido, casi con certeza, a que la doctrina penal había venido descalificando el texto inicial por sus nefastas consecuencias, probablemente poco meditadas, se le va a dedicar en el presente trabajo una atención especial merecedora de un epígrafe propio.

III. LA REGULACIÓN PENAL DE LAS CONDUCTAS DE PARTICIPACIÓN EN EL SUICIDIO Y LA EUTANASIA

Como es sabido el Código Penal de 1995 introdujo un número 4 en el artículo 143, en el que se contemplaba una importante atenuación de la pena

respecto de las muy elevadas previstas para la inducción y la cooperación al suicidio: igualmente delimitaba el ámbito de las conductas típicas. Si bien la relación de supuestos que el párrafo cuarto privilegiaba no agotaba los supuestos incluidos en la descripción típica de los tres primeros números, nadie interpretó que ello significara que mantenían tipicidad y pena, sino que, por elemental lógica, se consideró que los supuestos de complicidad no necesaria o de actos de mera omisión dejaban de ser típicos: El texto afirmaba que *«El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, sería e inequívoca de éste en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo»*. Al texto me he referido en alguna otra ocasión diciendo que *«el legislador ha sido lo suficientemente sensible como para introducir un número 4 en el que se prevé una causa de relevante atenuación de la pena que, en cierta manera, recuerda al sistema de las indicaciones del aborto, y que permite llegar a penas de no cumplimiento; esto es, que permiten la suspensión de su ejecución, cuando se den los requisitos generales para la misma»*. (Carbonell Mateu, J. C. en González Cussac, J. L. (coord.) Derecho Penal, Parte Especial –6.^a ed. Valencia, 2019, en adelante, PE–). Sin embargo, mi opinión fue siempre la de que la regulación acudiendo a una sin duda relevante atenuación no sólo era injusta sino sumamente peligrosa, lo que la realidad mostró de forma clara. A ello me referí en otro lugar: Es verdad que el CP 1995 rechazó la absoluta ignorancia que la voluntad del sujeto pasivo -llamémosle así aunque realmente no lo sea- merecía a la regulación anterior, que castigaba la ejecución del suicidio a petición del titular de la vida con la pena del homicidio doloso, pero también lo es que se siguen castigando la inducción y la cooperación al suicidio. Con una regulación específica de la eutanasia ciertamente poco satisfactoria. El Código ha tenido que «sortear» situaciones sumamente conflictivas y convivir con diferentes leyes autonómicas que han regulado, a falta de la correspondiente Ley Orgánica que se ocupara del desarrollo de un derecho fundamental en su frase crítica, las últimas disposiciones personales y pretendido la búsqueda en la medida de lo posible, de una buena muerte o, al menos, de evitar una indigna cosificación de la persona, so pretexto de una supuesta sacralización de la vida. (Carbonell Mateu, J. C.; Constitución, suicidio y eutanasia: cuarenta años de mala coexistencia, en De Lucas, Rodríguez Uribe, Derechos humanos y Constitución, Valencia, 2018). Las Comunidades Autónomas han tenido que ir supliendo la clamorosa ausencia de la Ley orgánica. Y las instituciones democráticas han

tenido que hacer ímprobos esfuerzos para adaptar una regulación jurídica muy insuficiente a las necesidades que plantea la realidad. Fue especialmente destacado, en este sentido, el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de Andalucía, del 1 de marzo de 2007, relativo a la «limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica de Doña Inmaculada Echevarría Ramírez», algunos de cuyos términos por su interés y el impacto que en su momento causó, reproduzco: Concretamente, afirma el aludido Dictamen —que daría lugar a la autorización por parte de la Junta para la desconexión de los aparatos que otorgaban la ventilación mecánica— que,

El Consejo Consultivo considera que las normas jurídicas analizadas permiten que cualquier paciente que padezca una enfermedad irreversible y mortal pueda tomar una decisión como la que ha adoptado doña Inmaculada Echevarría.

En estas circunstancias, el Consejo entiende que se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento, sin estar exceptuada por ninguna de las previsiones legales que permitan continuar la asistencia médica en contra del consentimiento de la paciente. Siendo así, resulta exigible la conducta debida por parte de los profesionales sanitarios para que sea respetado el derecho de la misma a rehusar los medios de soporte vital que se le aplican.

Centrándonos en la punibilidad de la conducta de los profesionales sanitarios, el Consejo Consultivo de Andalucía constata cómo la práctica generalidad de la doctrina penal excluye, en todo caso, que sea delito la llamada eutanasia pasiva indirecta, porque una cosa es matar mediante un acto directo, y otra cosa dejar morir por la interrupción de un tratamiento tras la solicitud del paciente. Los ejemplos más relevantes que la doctrina penal denomina eutanasia pasiva indirecta son la cesación de suministro de medicamentos, rehusar el tratamiento oncológico en los casos de cáncer terminal y, precisamente, y muy señaladamente, la interrupción de la ventilación mecánica mediante la desconexión de los aparatos.

Entiende este Consejo Consultivo, de acuerdo con la práctica totalidad de la doctrina penal, incluida la más prestigiosa doctrina extranjera, que la acción consistente en la desconexión de un aparato de ventilación mecánica, no es sino una acción que se encuadra dentro de un proceso general de omisión del tratamiento. Téngase en cuenta que la ventilación mecánica requiere una atención continuada con variedad de actos médicos (sustitución de tubos, asepsia, aspiración de secreciones, etc.).

En consecuencia, el caso que se somete a consulta de este Consejo, la interrupción de la ventilación mecánica es una conducta pasiva e indirecta,

que se justifica por la existencia de un deber de respetar la decisión libre y consciente de la paciente, en tal sentido amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes.

Considero conveniente reproducir aquí alguna de las páginas del trabajo citado porque resumen la situación previa a la aprobación de la Ley que ahora comento.

Podría decirse que a partir del caso Sampedro llegó a considerarse que la despenalización no era tan urgente porque latía un cierto «consenso de inaplicación». Como a veces ha sucedido con el aborto, los principios han dejado paso a veces a una cierta táctica de relajación: la norma está ahí, pero no se aplica porque existe una conciencia general de que la existencia de un conflicto entre valores fundamentales hará que recaiga siempre la decisión judicial en la permisividad ante la ausencia de reproche social y, sobre todo, ante la consideración de la dignidad como freno a la sacralidad. Por otra parte, la regulación técnica del artículo 143 impedía su extensión a la inmensa mayoría de los supuestos en que las conductas de cooperación venían dominadas por la voluntad de la persona que había tomado la decisión de morir y reclamaba la ayuda ajena. Y es que, ciertamente, la posición tradicional de la ley española –y de la mayoría de los países- de admitir como irregulable penalmente la decisión de disponer sobre la vida propia, pero castigar la participación en lo que paradójicamente constituye una conducta no antijurídica, no puede sostenerse ni lógica, ni ética ni valorativa ni jurídicamente; constituye por el contrario una absoluta incoherencia además de un atentado a la dignidad. Precisamente el caso de Ramón Sampedro, al que antes aludí, vino a poner de relieve no sólo tal carácter sino además una flagrante discriminación insoportable desde el principio de igualdad: quien no tiene capacidad para ejecutar su propia decisión de poner fin a su vida sólo podrá conseguir éste involucrando a terceros que tendrán que enfrentarse al Código penal.

Para muchos esta situación es, y ha sido siempre, insostenible. Y afecta, obviamente, de manera directa a aquellas personas que no tienen capacidad de ejecución de su propia decisión. Pero todos, también quienes gozan de ella, ven negado su reconocimiento y, por ende, su dignidad. Y, además, eso que hemos llamado «consenso de inaplicación» se ha venido abajo de manera clamorosa a través de resoluciones judiciales que han negado no sólo estos principios axiológicos, sino incluso los parámetros técnicos más elementales que de modo unánime ha defendido siempre la doctrina penal en torno a las

conductas tipificadas en el artículo 143 y, de modo específico, en su número cuarto.

Dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Avilés (Asturias) han condenado a tres personas por complicidad en el delito de cooperación al suicidio del 143.2 del Código Penal a penas de dos años de prisión. En el segundo caso se trata de una sentencia de conformidad tras una acusación con petición de seis años sostenida por la Fiscalía que da por buena la admisión de la tentativa y la consideración como necesarios de actos de complicidad indirecta que parecen lejanos a tal carácter, al tiempo que califica como eventual suicidio lo que iban a ser cuidados paliativos. Esto rompe una situación de inaplicación del precepto que había venido generando una cierta despreocupación por parte de la mayor parte de críticos con la relevancia penal de la cooperación al suicidio.

En el caso de Zaragoza, resulta sumamente dudoso que la intervención del autor, muy dependiente de la voluntad de su madre, fuera realmente necesaria. Por otra parte, el Tribunal, contra la pretensión del Ministerio Fiscal, considera el parentesco como circunstancia atenuante precisamente por entender que la relación materno-filial convirtió el hecho en un acto presidido por el amor. En el supuesto de Avilés han sido condenados dos miembros de la Asociación del Derecho a Morir Dignamente –un médico especialista en cuidados paliativos y una voluntaria que colabora con la Asociación– por proporcionar una sustancia letal a un socio que la transmitió a la suicida por precio, lo que, por cierto, comportó en su momento el rechazo de la citada Asociación que jamás ha cobrado precio alguno. El fallecimiento de esta persona es la única razón por la que no está en la causa. Por fin, una tercera persona ha sido condenado por tentativa de cooperación al suicidio por recabar la sustancia que fue interceptada sin llegar a su poder.

La conformidad ha comportado condenas por complicidad y tentativa, lo que constituye sendos dislates jurídicos; la primera es atípica, pues sólo se castiga la cooperación necesaria –aquella sin la cual no hubiera podido producirse la muerte– y la segunda, generalmente no admitida en este delito, requiere en cualquier caso del comienzo de los actos ejecutivos que en absoluto se ha producido. La amenaza por parte del ministerio fiscal con penas que implican años de cárcel ha sido el desencadenante de la aceptación de los hechos. Pero ésta no puede implicar el mantenimiento de decisiones jurídico-penales insostenibles.

Absolutamente insostenible resulta, en efecto, apreciar como delictiva una participación en la participación. Si ya la tipificación de la cooperación al suicidio –al margen, por el momento, de la cuestión valorativa central que

supone negar la capacidad de decidir sobre la vida propia— resulta sumamente dudosa en la medida en que se eleva a autoría delictiva lo que constituye la intervención en una conducta no prohibida, castigar la complicidad resulta técnica y políticamente inaceptable. Sobre todo cuando no hay autor. Pero, además, es que la Sentencia contraviene directa y frontalmente el texto legal que dice aplicar. El artículo 143.2 del Código Penal afirma que «se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona». La cooperación necesaria, implica la realización de al menos un acto sin el cual no se habría efectuado; y la complicidad la de actos no necesarios. Es ontológicamente imposible que el acto cometido sea calificado al mismo tiempo de necesario y no necesario. Lo que la Sentencia está haciendo, pues, es castigar la realización de actos de complicidad, que de ninguna manera están abarcados por el número 2 del artículo 143 del Código penal español; estamos, sencillamente, y con todo el respeto para el órgano que la dictó, ante una auténtica aberración jurídica.

O se es autor de un delito de cooperación necesaria al suicidio —como sostenía la acusación— o el hecho no se puede castigar por, al menos, dos razones evidentes: la cooperación no necesaria es atípica y no se puede ser cómplice de un delito del que no existe autor —ya que nadie es condenado como tal de cooperación necesaria al suicidio—.

Pero la Sentencia también condena, tras acumular hechos ocurridos a casi mil kilómetros de distancia de la competencia jurisdiccional de un Juzgado de Avilés, la conducta llevada a cabo en Cádiz, de ponerse en contacto con el médico especialista «con el fin de que le proporcionara los medicamentos necesarios para poner fin a la vida de su hermano, que sufría VIH positivo, hepatitis C Crónica, con metástasis en varios órganos vitales, en estado terminal y que había expresado su voluntad de poner fin a este sufrimiento». Los medicamentos enviados eran aptos para una sedación paliativa. Lo que supone un dislate, si cabe, aún mayor.

Resulta ya sorprendente la atribución jurisprudencial para conocer de unos hechos que nada tienen que ver con el ámbito de un Juzgado de lo Penal de Avilés, cuando se trata de una llamada hecha en Cádiz y de un envío desde Madrid, arrastrado todo ello por la competencia sobre un hecho anterior en el que al autor principal —quien acompañó a la primera— no es acusado porque falleció. Por tanto, ninguno de los hechos juzgados tuvo lugar en el ámbito jurisdiccional del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Avilés.

Pero aún más sorprendente resulta dar por probada la intención de quien solicita los medicamentos de hacerlo con la intención de cooperar necesariamente a un suicidio —cuando evidentemente las sustancias tienen efectos pa-

liativos— y la de quien los envía de ser cómplice en tal eventual y supuesto suicidio. La circunstancia, además, de que el médico, por encontrarse ausente de la sede de la asociación donde se guardaban los medicamentos, indicara a la voluntaria que los enviara y ésta fuera quien lo hiciera, y que todos sean castigados con las mismas penas y por los mismos hechos, todavía resulta más patético.

A eso hay que añadir que la muerte del suicida es un requisito típico de todas las conductas de cooperación. La tentativa requiere, de acuerdo con el art. 16 del Código penal, que «el sujeto dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». Si en el delito de cooperación al suicidio cupiera la tentativa —que, como inmediatamente veremos, no cabe— sería necesario para aplicarla en el presente caso que se hubiera ejecutado algo, algún hecho susceptible de producir objetivamente el resultado, que directamente estuviera dirigido a tal fin. Si tenemos en cuenta que el hecho principal tipificado como delito es ya la participación —que no la ejecución pues no se trata del número 3 del 143, sino del 2— de la voluntad de quien ha decidido suicidarse, y que la tentativa requiere de una ejecución, resulta palmaria la imposibilidad de apreciarla en el presente supuesto. Ni hay conexión directa entre la supuesta voluntad de suicidarse del enfermo terminal y los hechos enjuiciados ni éstos suponen comienzo de ejecución de conducta suicida alguna ni es posible la tentativa en un hecho que tipifica conductas no ejecutivas —porque éstas, en todo caso, darían lugar a la aplicación de otro precepto— A la completa imposibilidad de aplicar la complicidad hemos de añadir la de apreciar tentativa.

Y con todo esto se pone de relieve —señalaba en el texto ahora reproducido— una vez más, la necesidad político-criminal de abordar una reforma en profundidad del derecho a decidir sobre la vida propia. El Código Penal sigue empeñado en considerar al ser humano que decide que no quiere seguir viviendo como un enfermo mental al que hay que evitar, a toda costa, que lleve a cabo una conducta tendente al suicidio. Eso se extiende a los supuestos en que se padece una enfermedad grave y mortal o graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar: también en esos casos, aunque se rebaje la pena, se castiga la cooperación necesaria. También en esos casos, pues, se desconoce el derecho a decidir sobre la vida propia y la continuación de la vida no deseada se convierte en una obligación jurídicamente imponible: es verdad que no se castiga la tentativa, pero sí la intervención de terceros. O lo que es lo mismo, sólo puede practicarse la eutanasia por propia mano —lo que

sucede en el caso de Zaragoza–, y sólo, claro, si se tiene la posibilidad material de suicidarse sin ayuda alguna.

Por fin se produce la regulación tantas veces requerida. La LORE regula la eutanasia y la ayuda a morir por parte del Sistema Nacional de Salud. Lo hace, ciertamente, con insuficiencias y hasta incoherencias. Algunas de ellas se manifestaron de forma alarmante en el texto inicial de la PLORE que acometió la necesaria reforma del artículo 143 del Código Penal. Así, su Disposición Final primera establecía que la nueva redacción del número 4 del mismo quedara de la siguiente forma: «4. *No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria*». Si por una parte se establecía, por primera vez, la impunidad de las conductas recogidas por la Ley, de la eutanasia, por otra el efecto quedaba reducido a las llevadas a cabo por el médico o médica. Pero no era eso con su enorme gravedad, lo peor: es que para el resto de las conductas desaparecía incluso el efecto atenuador hasta ese momento imperante: pasaban a ser objeto de la aplicación de los tres primeros números del 143, con penas de hasta diez años de prisión. Con lo que la situación era muchísimo más desfavorable. Tal dislate fue rápidamente denunciado, entre otros por Barquín, De la Mata, García Álvarez, Tomás-Valiente o Núñez Paz (La mayor parte de los argumentos se recogen en la DMD, 82, 2020).

«Ciertamente, a primera vista, podría pensarse que pasamos de un precepto en el que se castiga la ayuda a morir a otra persona (siempre que ésta reúna ciertos requisitos) de una manera atenuada, a un precepto despenalizador. Pero la conclusión no es tal si constatamos la restricción fáctica que se produce cuando el legislador sustituye –a la hora de referirse a los posibles sujetos activos– la expresión genérica «El que», por la de «el médico o médica» (García Álvarez, P., DMD, 82, 2020,17), se trata de una despenalización engañosa (De la Mata Barranco, N.: DMD, 82, 2020, 24) «claro retroceso en la valoración penal de la ayuda» (Núñez Paz, M. A. DMD, 82, 2020,31). Por su parte, Tomás-Valiente Lanuza reclama una atenuación graduada, a modo de lo previsto para el aborto en el art. 145 bis de manera que el incumplimiento de requisitos formales no comporte la inaplicación de los supuestos de exención (el modelo de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva) (Tomás-Valiente Lanuza, C.: DMD, 82, 2020, 22)

También aquí se ha producido una mejora sustancial de la PLORE a la LORE. La Disposición Final Primera acoge las críticas que acabamos de seña-

lar y amplía a todas las personas la exención si cumplen los requisitos sustanciales y procedimentales de la Ley y mantiene, en los casos materialmente de contexto eutanásico la atenuación hasta ahora vigente. Así, se adecua el número 4 a las definiciones de la LORE y se añade un 5 con la exención de responsabilidad penal:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.»

De esta manera se evitan los efectos perniciosos de limitar la hasta ahora vigente atenuación del número 4 del 143 y, en cierta forma, se comparte la idea propuesta por Tomás-Valiente, puesto que el incumplimiento de los requisitos no esenciales dará lugar a la atenuación. Ésta será aplicable, de manera subsidiaria respecto del número 5, a quien actúe no «cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

Con todo, y pese a la sustancial mejora, no comparto enteramente la solución, al menos por dos razones. La primera es que hay una sustancial diferencia entre la significación de la atenuación -descartando la exención- en aborto y en eutanasia. En la interrupción voluntaria del embarazo, y tal como ha mantenido de forma muy clara el Tribunal Constitucional, la práctica del aborto implica siempre la vulneración de un «interés constitucional» en el mantenimiento de la vida prenatal que cede en los supuestos en que se produce un conflicto con los derechos fundamentales de la embarazada (lo que sucede en todo embarazo no deseado). El incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 2/2010, a los que se refiere expresamente el 145 bis CP, no supone la exención de responsabilidad, pero tampoco el castigo ordinario por aborto ilegal, sino que se prevé una solución intermedia, con penas sustancialmente inferiores (multa e inhabilitación). Nos estamos moviendo, en cierta manera, en el terreno de la «justificación incompleta».

La solución, en los supuestos de eutanasia, contemplada en el 143.4CP, sería adecuada si nos mantuviéramos en el mismo terreno, que es lo que entiende Tomás-Valiente, al referirse de manera expresa a «una causa de justificación muy compleja» (en DMD, 82, 2020, 23).

Lo que nos lleva a la segunda razón de mi discrepancia: Más arriba reiteré la postura mantenida en otros lugares (por ejemplo, en PE, 71 y ss.), considerando la falta de relevancia constitucional del bien jurídico protegido por el artículo 143 CP, que no sería otro que «la vida no deseada por su titular». Entiendo por ello necesario abordar de manera más radical la despenalización efectiva de la eutanasia, suscribiendo las acertadas y críticas palabras de De la Mata Barranco al cuestionar la alusión de la Exposición de motivos de la LORE a que una despenalización general «dejaría a las personas desprotegidas respecto del derecho a la vida». Exclama el citado autor: *¿Desprotegidas? ¡Si es el derecho al que quieren renunciar!*, para añadir: *«El de la eutanasia es, ciertamente, un debate complejo y polarizado sobre el que cada cual tendrá su opinión. Pero la discusión aboca a otra aun más compleja, que es la que se refiere al modo en que la idea de libertad, en sus diversas manifestaciones debe estar presente como barrera de contención en la respuesta penal que se da a determinados comportamientos. Y aquí la tendencia punitiva (...) parece ser la de restringir cada vez más nuestro derecho a pensar y/o a decidir.»* (DMD, 82, 2020, 25). Añade, por su parte, Núñez Paz en una crítica general a la LORE que en ella *«se ha pretendido reconocer el derecho de las personas a solicitar y recibir ayuda para morir, pero se ha matizado tanto el contenido sobre las circunstancias determinadas que han de concurrir que no se consigue el que pareciera que debiera ser el fin último de la misma: despenalizar todas aquellas conductas eutanásicas en los supuestos y condiciones más dramáticas»* (DMD, 82, 2020, 31).

IV. BALANCE PROVISIONAL: LA LORE, ¿UNA LEY «A MEDIO CAMINO»?

Creo, por todo ello, que la despenalización de la eutanasia, al menos cuando se den los requisitos materiales establecidos en la LORE, que son por cierto los que recoge el 143.4 CP, debería ser total. Se dirá que ello dejaría sin sentido la muy detallada regulación legal. Lo que no sería cierto: la LORE no es una norma despenalizadora, aunque contenga en su Disposición Final Primera una modificación parcialmente en ese sentido del Código Penal. Si fuera (solo) una norma despenalizadora debería haber ido mucho más lejos. Es una norma que reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, algo que va, en mi opinión, mucho más allá: la implicación del Estado social y democrático de Derecho en la Dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad.

Vengo resaltando, desde el principio, que se impone una reflexión –y, sobre todo, una toma de decisión legislativa–, sobre la capacidad de autodeterminación de la persona en torno a la continuidad de su vida, lo que habría de suponer la derogación o, al menos, la revisión profunda de la penalización de las conductas relacionadas con el suicidio; en el Código penal español, las previstas en los tres primeros números del artículo 143. No me detendré ahora en la conveniencia o no de mantener el castigo de la inducción: si ésta se produce sobre persona libre y capaz, la decisión o, si se prefiere, llegado el caso, la acción es suya y debe pertenecer a su ámbito de capacidad que deberá en todo caso respetarse. Y más arriba me referí a la trascendencia que debe tener la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2020, cuya interpretación «limitada» llevada a cabo por Moreso no solo no comparto sino que ni tan siquiera alcanzo en su fundamentación. El Tribunal deja claro algo que resulta obvio de una consideración profunda de la Dignidad de la persona que, necesariamente, ha de comprender su capacidad de autodeterminación, de decisión en torno a sí mismo. En ese sentido, la LORE, es cierto, reduce su ámbito de aplicación a los supuestos de «contexto eutanásico» (cuya amplitud podría ser discutida) y siempre que se dé un detallado procedimiento, con controles previo y posterior por parte de una Comisión, de cuya composición puede también dudarse, y a un premioso recuento de requisitos. Puede decirse, por eso, que la LORE queda lejos de la posición aquí mantenida en torno a Dignidad y autodeterminación. Y que habrá que afrontar la despenalización global de la ayuda al suicidio, con independencia de que siempre sea necesario garantizar la plena libertad de quien toma tan grave decisión. Pero, permítaseme parafrasear a Michael Ende, en *La Historia Interminable*. «Esa es otra historia y merece ser contada en otra ocasión».

Pero, de momento, la LORE, con sus imperfecciones, sin duda mejorables, y muchas de ellas han sido ya abordadas durante la tramitación parlamentaria en las Cortes Generales supone un hito en el recorrido del camino hacia el reconocimiento de los efectos últimos de la Dignidad. Y debo insistir en una idea que me parece central: la Ley regula la eutanasia, no es una norma que se limite a despenalizar: si así fuera se habría quedado lejos del citado reconocimiento. Su gran aportación es que implica al Estado social y democrático de Derecho en prestar la ayuda necesaria a quien se encuentra en tan difícil momento. Y que lo hace, en general y con alguna de las limitaciones que se han señalado en el texto, adecuadamente. Es una norma muy garantista en el aseguramiento de que la voluntad de la persona es propia y no viene dictada por intereses ajenos, atiende a la instrucción adoptada con anterioridad cuando la persona se encontraba en pleno uso de su capacidad. La ley, por tanto, cumple

adecuadamente con su cometido. No es función suya abordar la legalización de conductas que exceden su significado y función. No sería justo, por ello, decir que se queda «a medio camino». Sin embargo, sí lo hace la filosofía y la expresión de su Exposición de Motivos, cuando afirma el deber del Estado de garantizar la vida incluso frente a su propio titular, pues de otra forma se «dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger» Nuestro marco constitucional, como el alemán por cierto, exige proteger el derecho a la vida frente a los ataques que proceden de otros y siempre que no supongan intervenciones en una decisión adoptada por su titular.

Epur si muove. La vinculación entre Dignidad y autodeterminación, proclamada por el BVfG, constituye una declaración enormemente importante. Con la consecuencia, también proclamada de que *la permisibilidad del auxilio al suicidio no puede vincularse a criterios sustantivos, por ejemplo, requiriendo un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal. Sin embargo, otros diversos requisitos pueden ser establecidos, dependiendo de las relevantes circunstancias de la vida, exigiendo que la decisión de un individuo a cometer suicidio sea seria y estable. El legislador es libre de desarrollar un esquema de salvaguardas procesales.* (Sentencia del BVfG de 26 de febrero de 2020).

Habrà, pues, que abordar la despenalización de la intervención en el suicidio, lo que no debería suponer una legalización sin más, pero sí su reconocimiento como derecho una vez comprobada la autenticidad de la voluntad de quien, en un proceso serio y estable, decide poner punto final a su vida. Cuándo y quién lo haga no puede todavía alcanzar su respuesta en el presente comentario.

SISTEMA DE PENAS

LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE PENAS

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz

I. ACERCAMIENTO

El Código penal español, que nació en 1995 con la finalidad de adaptar el arsenal punitivo existente entonces a los valores deducibles de la Constitución de 1978, a día de hoy, ha soportado múltiples reformas, que se han centrado en las conductas constitutivas de delito y en las consecuencias jurídicas, a través de un conjunto de mecanismos que permiten sin aumentar en todos los casos abiertamente la duración de la pena, prolongar el tiempo de internamiento en prisión, así como el tiempo de sometimiento del penado al control formal del Derecho penal, sumándole a la prisión medidas de seguridad postpenitenciarias: la última y más drástica reforma del Código en este sentido ha consistido en la inclusión de la pena de la prisión permanente revisable a través de la LO 1/2015. Todos estos cambios han venido sucediéndose en el tiempo, aunque el paraguas político criminal de aquella Constitución de la que el Código se amamantó no haya sufrido en paralelo cambio alguno. Y a pesar de que sorprendentemente, este endurecimiento haya generado una disminución de las personas que están privadas de libertad en prisión, según muestran las estadísticas de Instituciones penitenciarias¹.

¹ Por este motivo, como resalta el Informe que en su momento emitió el Consejo General del Poder Judicial «en la situación actual, la incorporación de la prisión permanente revisable al catálogo de penas privativas no se justificaría por el incremento del número de los crímenes para los que se prevé esa sanción», a lo que añade que a la vista de los datos que ofrecen cada año los Balances de la Criminalidad

Tanta reforma parcial del Código en tan pocos años y antes incluso de que los delitos o las consecuencias jurídicas objeto de reforma hubieran llegado a ser aplicados por nuestros tribunales, evidencia que se ha tratado simplemente de perseguir objetivos que trascienden al Código penal, y que se encuentran en el campo de la política, convertida así *prima facie* en política criminal, a través de un procedimiento que obvia la persecución de los fines esenciales para el Estado social a través de mecanismos de incentivación de la participación del individuo en la sociedad.

Tres son los momentos más intensos: el primero tuvo lugar con la aprobación de la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; el segundo, con la LO 5/2010; y el último, con la aprobación de la LO 1/2015. En su conjunto, el nuevo derecho penal positivo condensado en estas leyes reformistas no se compadece con el prontuario normativo que sostenía a la LO 1/1995, del Código penal, en la medida en que si bien este último partía de la premisa de que un Código penal debe ser la *ultima ratio*, dando prioridad a otras ramas a intervenir y a reducir la disposición y la imposición de la pena de prisión a los casos más graves, tras estas tres reformas, la utilización de la prisión ha salido reforzada, pues se pone en ella una confianza ciega.

La lectura de las Exposiciones de motivos de estas leyes es muy interesante y pone de manifiesto que las sucesivas reformas del Código –por expandir la respuesta penal²– difícilmente pueden ser incluidas en el marco de la Exposición de Motivos de la LO 1/1995 pues promocionan valores opuestos a los que expresamente se plasman allí³. Ergo, tras 42 años de vigencia, el Código penal resultante de todas estas reformas tampoco puede calzarse con la Constitución, de 1978.

El interés que despierta la lectura conjunta de todas estas leyes de reforma es cualitativamente superior al mero endurecimiento de la respuesta punitiva, y tiene que ver con la tarea de legislar propiamente dicha. Así, como se irá viendo, LO 7/2003, se tramita sin consenso parlamentario, aprovechando la mayoría absoluta del Partido Popular, si bien *a posteriori* se consensuan sus elementos más innovadores con el Partido Socialista, líder en aquel momento de la oposición. Por su

«España no destaca precisamente por la alta incidencia de los delitos contra la vida humana independiente y de ahí que la instauración de la prisión permanente revisable no parece que obedezca a la necesidad de poner freno mediante un mayor grado de disuasión penológica a una escalada desmesurada de esta clase de delitos» (ver Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, cit., p. 43).

² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1997 (traducción: ANDRÉS IBÁÑEZ, P./RUIZ MIGUEL, A./BAYÓN MOHINO, J. C./TERRADILLOS BASOCO, J. M./CANTARERO BANDRÉS, R.), p. 103 y ss.

³ En puridad de principios, la LO 1/2015, técnicamente carece de «exposición de motivos», que queda sustituida por un mero «preámbulo».

parte, una vez en el Gobierno, el Partido Socialista impulsa la LO 5/2010, que cosecha el apoyo del Partido Popular «por responsabilidad política». Y finalmente, la LO 1/2015, se aprueba por la mayoría absoluta del Partido Popular, sin el apoyo de la oposición que rechazaba abiertamente la pena de prisión permanente revisable⁴, aunque el mismo día que el Boletín Oficial del Estado publicaba la no consensuada LO 1/20015, se publicaba también la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo en la que el Partido Socialista sin embargo por «responsabilidad política» presta su apoyo a pesar de que imponga la pena de prisión permanente revisable que se evita mencionar, sustituyéndola en el art. 573 bis por la pena «de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código».

Como puede comprobarse, las distintas reformas del Código acabadas de mencionar han sido promovidas por distintas fuerzas políticas que se han inspirado en un prontuario penal/penitenciario semejante, en el que cambia «la letra» pero «la música» de fondo es muy parecida, de tal forma que aunque se produce una alternancia política, permanece –casi– inalterado el mismo discurso. De esta forma, la política se convierte en un diálogo entre la clase política y sus votantes, convirtiéndose en mera tecnocracia. A este fenómeno se refería Baratta cuando afirmaba que «cuando esto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo. En la política como espectáculo las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad cuanto a modificar la imagen de la realidad de los espectadores, no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública»⁵.

En todas ellas, sin embargo, se guarda siempre silencio sobre la reinserción social, hasta el punto de terminar convirtiéndose en una obligación del interno, en vez de su derecho.

II. LO 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

La mayoría absoluta del Partido Popular fue suficiente para aprobar la LO 7/2003, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas⁶

⁴ Hasta el punto de encabezar *a posteriori* la presentación del recurso de inconstitucionalidad, como se señalará posteriormente.

⁵ BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», *Revista Pena y Estado*, 1999/1, p. 53.

⁶ En extenso ver ACALE SÁNCHEZ, M., «Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad», en Fernando Pérez Álvarez (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, ed. Ciencias de la Seguridad-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1197 y ss.

aunque con posterioridad se acudió a la vía del consenso político para legitimar democráticamente su contenido⁷.

Desde el punto de vista de las relaciones entre el Derecho penal y la Constitución tiene un particular interés comprobar en la LO 7/2003 cómo el catálogo político criminal constitucional es fácilmente manipulable por el legislador, que representa en democracia al conjunto de la ciudadanía, a quien le renta en votos dejarse arrastrar por las ansias de castigo de un sector de la sociedad que tiene fácil acceso a los medios de comunicación, y que contaminan la política criminal de un supuesto populismo punitivo que sacia el ansia de votos del legislador.

Entre otras cosas, por ejemplo, allí se establece que la finalidad de la reforma que se lleva a cabo es la de resaltar el principio de seguridad jurídica y la de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad, respetando el principio de legalidad penal tanto en la fase de determinación legal de las conductas y de las sanciones, así como durante la ejecución de las penas. En ella son constantes las referencias al marco penal constitucional. Así se mencionan los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, los principios de legalidad, tipicidad, seguridad jurídica; también se proclaman «los principios constitucionales de cumplimiento de las penas» y se afirma que en la práctica, «las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, para vulnerar dichos principios y convertirse por parte de los terroristas en instrumentos que utilizan a su favor en su constante vulneración de las reglas del Estado de Derecho». Se guardaba silencio no obstante en torno al principio constitucional esencial en materia de ejecución de penas: el principio de resocialización, verdadero caballo de batalla de la reforma. Al amparo de dicha fundamentación constitucional, se endurecieron las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad para —especialmente— los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, convirtiendo al condenado en un mero actor de la pantomima social de la ejecución de la pena, como consecuencia de la introducción de criterios preventivo generales negativos en una fase en la que deben primar exclusivamente criterios penitenciarios, y de revestir a la víctima de poderes en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad. Por ello, la reforma practicada como

⁷ El Informe de la Ponencia del Congreso sólo admitió las enmiendas 47 a 58 presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista, referidas a la introducción de mecanismos legales que permitan «la resocialización»: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 12 de mayo de 2003, núm. 129-9.

afirmaba Terradillos Basoco, «difícilmente puede convivir con el art. 25 de la Constitución»⁸.

Los instrumentos usados para condensar el nuevo prontuario fueron el periodo de seguridad del art. 36 del Código penal, el aumento del tiempo máximo de estancia en prisión en caso de concurso real (arts. 76 y 78 del Código penal), el endurecimiento de las condiciones para acceder al tercer grado (art. 72 Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria) y posteriormente a la libertad condicional (art. 91 del Código penal): la suma de todos ellos apuntaba más claramente a sistemas penitenciarios en los que al entrar en la cárcel, el interno sabe que invariablemente va a cumplir un determinado número de años. Esta clase de sistemas tienen graves inconvenientes que son los que se eliminan con los sistemas progresivos de ejecución de penas, concebidos precisamente sobre la idea de que se sabe con certeza el día del inicio del cumplimiento de la pena, pero la salida de la prisión –en régimen de tercer grado o en libertad condicional–, no está previamente determinado⁹; de esta forma se consigue encauzar favorablemente el innato deseo de libertad de los internos, estimulando en ellos la emulación que habría de conducir a la liberación¹⁰: el fantasma de los sistemas *Auburn* y filadélfico aparecen pues por esta vía.

Ha de destacarse el protagonismo pasivo y activo que adquieren las víctimas del delito en el marco de estas reformas¹¹, reflejo de la influencia en nuestro sistema de la *restorative justice*¹². Basta pensar en que se condiciona la aplicación del régimen general de dichas instituciones (arts. 36, 76, 78 y 91) al requisito de que el Juez de vigilancia penitenciaria oiga al Ministerio Fiscal, a Instituciones penitenciarias y a «las demás partes», esto es, las acusaciones particular y popular. Como se sabe, el incremento del papel de la víctima den-

⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (dir.), *Las sombras del sistema constitucional español*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 376; véase GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 249 y ss; BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coord.), *Manual de Derecho penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, pp. 183 y ss.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 125 y ss.

¹¹ Así, MANZANARES SAMANIEGO («El cumplimiento íntegro de las penas», en *Actualidad Penal*, 2003/7. p. 207) reprochaba al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003 que «nada se dice, como tampoco se decía antes, de una posible intervención de las víctimas del delito o de las acusaciones particular y popular».

¹² A favor de este incremento del papel de la víctima en el nuevo sistema penitenciario: BERISTAIN IPIÑA, A., «Justicia restaurativa», *Diario El País*, 12 de enero de 2003. Sobre la identificación de la sociedad con la víctima del delito, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 36.

tro del Derecho penal se plasmó ya en el Código de 1995. Ciertamente, su incorporación al entramado penal ha de hacerse en la medida en que por la comisión del delito entran en contacto autor, víctima y Estado y ninguna resolución del conflicto social que supone el delito puede ser óptima, si se ignoran los intereses de alguna de las partes en la contienda. Cosa distinta es lo que hace el legislador en la reforma practicada: dotar de un papel activo a la víctima en Derecho penitenciario. Más bien un Código penal garantista debería limitarse a «garantizar» que se haga frente directa o subsidiariamente a la responsabilidad civil (no hay que olvidar la existencia de programas de acción de indemnizaciones a las víctimas de determinados delitos, en particular, de los delitos de terrorismo¹³). Hacer que la víctima, pasados más de 35 años, tenga que analizar si en su opinión (y sin tener conocimiento de la vida que ha llevado en prisión el condenado) debe concederse o no la libertad condicional, supone «condenarla» también a ella a la pena de prisión de otro y no tiene ni sentido ni justificación. Ni sentido, porque de esta forma lo único que se consigue es que la víctima sea víctima siempre perpetuando sus necesidades de venganza; ni justificación, porque el Derecho penitenciario es una rama del ordenamiento jurídico en virtud de la cual el Estado, que es el titular del *ius puniendi*, articula la privación del bien más importante del que dispone una persona después de la vida: la libertad. La víctima no puede más que reclamar castigo –de hecho, es la que mayor necesidad retributiva de pena presenta dentro de los protagonistas del hecho delictivo– lo que difícilmente es conciliable con el Derecho penitenciario que tiene que estar orientado a la reinserción social. Esto con independencia eso sí de la necesidad de que se aprueben leyes que eviten la revictimización.

Como el propio nombre de la reforma indicaba, su contenido no sólo es ajeno a criterios preventivo especiales, sino que con ella simplemente se pretendió que la pena y la forma de cumplimiento fuera más costosa para el condenado: supuso en su momento una extra limitación del *ius puniendi*, lo que la ilegitimaba en un Estado Democrático de Derecho¹⁴. Hoy, simplemente, nos limitamos a constatar sus perturbadores efectos.

El tratamiento que el periodo de seguridad está teniendo en la jurisprudencia ha quedado normalizado en la STS 459/2019, de 14 de octubre, en la que el Tribunal ha entendido que son los juzgados de vigilancia penitenciaria los que

¹³ Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre de 1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

¹⁴ Ver DÍAZ PITA M. M./FARALDO CABANA, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002/7, p. 126; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», cit., p. 123.

tienen conocimiento de la vida del penado en prisión para decretar el momento en el que ser clasificado en tercer grado, más que el tribunal sentenciador.

En este sentido, se afirma que «la capacidad jurisdiccional para revisar decisiones administrativas en el ámbito penitenciario que se consideren contrarias a derecho, es la mejor garantía de que el cumplimiento de las penas se ajustará, siempre y en todo caso, a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión. El protagonismo que nuestro sistema jurídico atribuye al Fiscal para reaccionar frente a decisiones contrarias a la legalidad que ha de inspirar la ejecución de penas privativas de libertad, añade una garantía que justifica nuestra respuesta»¹⁵. Con todo, la misma Sala del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de entrar de nuevo sobre este asunto, al resolver en apelación los recursos presentados por el Ministerio Fiscal sobre la concesión del tercer grado a los penados por parte de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña en los nueve Autos del Tribunal Supremo de 4 de diciembre 2020 (que carecen de numeración). En ellos se termina por anular la clasificación penitenciaria en tercer grado porque afirma que, «en definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena»¹⁶.

Pero si además se entra a analizar a continuación la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, de nuevo en ella se encuentran

¹⁵ Es interesante resaltar que se trata de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo que ha venido a condenar a los líderes de los partidos políticos independentistas de Cataluña a largas penas de prisión por delitos de sedición y de malversación. El hecho de que el Tribunal Supremo haya recurrido a la naturaleza penitenciaria del periodo de seguridad para evitar endurecer aún más la condena, pues de haber decretado que la clasificación en grado solo pudiese llevarse a cabo una vez que hubieran cumplido la mitad de la condena impuesta, se hubiera garantizado el prolongamiento del tiempo de prisión, debe interpretarse como la utilización del derecho penitenciario para amortiguar el rigor del reproche penal.

¹⁶ Añadiendo que «la Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada –expresado en el auto recurrido al hablar de la no aplicación del «período de seguridad» y en el escrito de alegaciones de la defensa– nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del Código penal. La no aplicación de este precepto supuso, como decíamos en el auto de 22 de julio de 2017, dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto a la Sra. Forcadell, «que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado «período de seguridad» que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un pláacet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del art. 100.2 del RP». También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada».

amplias referencias al modelo de los fines de la pena que ha de alcanzar ésta en el ordenamiento constitucional español. En este sentido, allí se afirma que «la duración mínima de la pena de prisión pasa de 6 a 3 meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto a los delitos de escasa importancia», «prevención general adecuada» que parece introducir en el Código más que una pena privativa de libertad de corta duración, inútil desde el punto de vista de los fines de la reinserción social¹⁷ y de costosa ejecución en términos puramente económicos, la *pena de escarnio público*.

En particular, las reformas del Código operadas en 2003, un año que se caracterizó por los éxitos policiales y por la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo, eran innecesarias político criminalmente, y se limitó a intercambiar «sensación de seguridad» a cambio de un beneficio electoral, vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas¹⁸. Afirma Baratta que «el Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural»¹⁹.

Pero es que además, la «seguridad jurídica» como necesidad del ciudadano es una necesidad falsa. Baratta analiza el concepto de seguridad distinguiendo según sea visto como una «necesidad humana» o como una «función general del sistema jurídico»²⁰. En ambos supuestos concluye que la seguridad es secundaria: desde el punto de vista de las necesidades humanas, lo primario han de ser las necesidades básicas o reales: «como ‘necesidades básicas’ entendemos aquellas que se han estabilizado en la historia natural del hombre y por lo tanto tienen un alto grado de constancia en el tiempo y en el espacio, así como las necesidades de alimentos, vestimenta y abrigo. Por ‘necesidades reales’ entendemos aquellas, altamente evolutivas, que se producen en relación dinámica entre satisfacción de las necesidades, desarrollo de las capacidades y surgimiento de nuevas necesidades»²¹. Desde el punto de vista del sistema

¹⁷ Por todos: BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 521.

¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución penal. Los derechos del a libertad», cit., pp. 356 y ss; DÍAZ PITA, M. M./FARALDO CABANA, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», cit. pp. 119 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», cit., pp. 107 y ss.

¹⁹ BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», cit., p. 45; del mismo, «Seguridad», en *Capítulo Criminológico*, 2001/29, pp. 16.

²⁰ BARATTA, A., «Seguridad», cit., pp. 3 y ss.

²¹ BARATTA, A., «Seguridad», cit., p. 4.

jurídico, en el que la necesidad de seguridad se presenta en la forma de derechos, la seguridad es también accesoria a todas las otras necesidades reconocidas como tales derechos en el sistema: «decir ‘los derechos son ciertos’ significa, desde el punto de vista interno, que la norma que los protege es suficientemente clara, consistente con las reglas y los principios de la Constitución y operacionalmente coherente con el procedimiento legal en el que se debe asegurar su justificabilidad»²².

Por todo ello concluye que «un derecho fundamental a la seguridad» no puede ser otro que «el resultado de una construcción falsa o perversa. Más que el derecho a la seguridad debe promoverse la seguridad de los derechos»²³; lo que ha de practicarse es pues una política integral de protección y satisfacción de todos los derechos humanos²⁴.

III. LO 5/2010, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En 2010 el Partido Socialista impulsó una segunda reforma del Código penal que fue consensuada con la oposición, por «responsabilidad política». En este momento, a la reforma de la pena privativa de libertad llevada a cabo en 2003 (a sus límites y a su forma del cumplimiento), se añadieron cambios sustanciosos en las medidas de seguridad, con la posibilidad de imponer una medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada al condenado imputable considerado peligroso.

Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de reforma del Código penal, la misma se dirige no a ciudadanos individuales que cometan delitos, sino a «grupos de delincuentes», a aquellos que presentan «determinados perfiles criminológicos»: con ello, los *profilings* que en el ámbito de la criminalística permiten mediante el estudio conjunto de las pruebas, la identificación de las características de los presuntos autores, pasan a determinar la concreta respuesta punitiva, compactándola, dando prioridad a la biología antes que a la biografía, como afirma Pitch²⁵. Los riesgos que se suscitan cuando se prolonga la utilización de una técnica de validez meramente policial, al ámbito de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito parecen obvios.

²² BARATTA, A., «Seguridad», cit., p. 6.

²³ BARATTA, A., «Seguridad», cit., p. 7.

²⁴ Ver la propuesta de construcción de un sistema de «seguridad de los derechos» de BARATTA, en «Seguridad», cit., pp. 13 y ss.

²⁵ PICHT, T., *La sociedad de la prevención*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 77.

Son dos en particular los «perfiles criminológicos» que se sobredimensionaron en este momento²⁶: por un lado, el de los autores de delitos contra la libertad sexual, en particular, los pedófilos, que presentan una «inclinación delictiva», «vinculada a determinados trastornos de personalidad o de conducta» y, por otro lado, el de los terroristas, cuyo actuar «se enmarca en una actitud de índole pretendidamente ideológica, que comporta la negación de la condición delictiva misma de su conducta, y por tanto el rechazo radical de la pena como respuesta legítima del Estado de Derecho y la consiguiente resistencia a sus consecuencias». Ambos tipos de delincuentes se caracterizan conjuntamente porque sus perfiles les «hacen más resistentes a ese efecto rehabilitador de la pena, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia». Se presume pues siempre y en todo caso la peligrosidad de estas personas y la imposibilidad de «corregirlas» a través del cumplimiento de una –larga– pena de prisión porque son sujetos «inadaptables». No puede olvidarse que se trata de delincuentes que han sido declarados imputables en sentencia, y respecto de los cuales, se presume su posterior peligrosidad incluso tras pasar un largo periodo de su vida sin libertad. De su mano, el fantasma de la figura lombrosiana del delincuente nato, reaparece en la escena criminal en su versión del peligroso social nato.

El complejo mecanismo dispuesto no se agota con esta justificación, en la medida en que todavía se añaden más matices. Así, se afirma que la «dimensión retributiva de la pena» concluye una vez que ésta se cumple en prisión, dejando al descubierto que hoy las penas carecen de finalidad reinsertadora alguna, y que una vez se alcance la libertad «la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en la medida de seguridad, institución que tiene por objeto en nuestro ordenamiento tradicional el tratamiento de las personas peligrosas, que han acreditado tal condición mediante la efectiva realización de un hecho delictivo». Bajo esta afirmación se esconde un solapamiento de planos de gran trascendencia. En efecto, la reforma que en 2010 se llevó a cabo consistió en aplicar medidas de seguridad al sujeto declarado imputable basándose ya no en su peligrosidad criminal individual, sino en la peligrosidad social del grupo al que pertenece. Con ello, la respuesta penal pasa a ser adecuada no tanto al delito cometido sino a las características que en general, se predicen del grupo, sobrepasándose ampliamente el concepto personal e individual de culpabilidad.

²⁶ Posteriormente, la LO 1/2015, como se verá a continuación, sin necesidad ya de tener que pararse en su «preámbulo» va a justificar los motivos por los cuales se ampliaba la imposición de medidas de libertad vigilada a condenados imputables por delitos de asesinato (art. 140 bis) lesiones y maltrato (art. 156 ter) y el delito de maltrato habitual del art. 173.2, que se suma a las previsiones realizadas en 2003 para los delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexual.

Ese régimen no se puede insertar en el sistema conceptual y político criminal más aceptado y todavía vigente, si no es forzando el sistema de aplicación de penas y medidas de seguridad, pues según la Exposición de Motivo de la Ley «se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hace efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena, y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual». El hecho de que se prevea que la libertad vigilada la disponga el juez sentenciador y que posteriormente sea el juez de vigilancia penitenciaria el encargado de modularla, está dejando al descubierto una presunción *iuris et de iure* de no reinserción social del condenado al que se descalifica por su pertenencia a un concreto grupo.

El salto que dio el legislador en 2010 no pudo ser dado sin tener en consideración tres objetivos básicos: encubrir el objetivo de la prevención del delito, bajo la bandera de la lucha contra los grupos enemigos del sistema, respecto de los cuales cabe incluso adelantarse a su innato instinto criminal; sustituir la reinserción social como fin de la pena privativa de libertad, por la mera y funcional contención de peligros; y dinamitar el presupuesto para imponer una pena y/o una medida de seguridad²⁷.

La legitimidad de esa reforma puede ponerse en duda. Sobre todo cuando se constata que su punto de partida no es otro que el deterioro de la pena de prisión, que reforma tras reforma, ha quedado vacía de contenido resocializador; en este sentido, en el momento en que se discute la admisión de una nueva forma de hacer frente a la criminalidad más grave, defender la imposición de una medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de una larga pena de prisión «cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad», es decir, a lo que expresamente ha renunciado aquélla, no es honesto y está reflejando que el padre de esta disposición no es otro que un legislador vigilante, que está sentado en el centro de un gran panóptico, desde donde lo controla todo, pero desde donde también se deja ver –paradójicamente– por todos: reformas legales del tenor de la presente lo único que muestran es la autoconstatación ideológica del Estado, pero no las legitiman.

Con todo, si la prisión ha renunciado a reinsertar socialmente al condenado, y se ha convertido, vacía ya de su finalidad connatural constitucional, en una pena puramente retributiva, es que se ha transformado en una mera «jaula»,

²⁷ En extenso: ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

como afirma Zaffaroni²⁸, donde se deposita el cuerpo del penado, convirtiendo el tiempo de estancia en su interior en puro castigo por el delito cometido, esto es, en la sala de espera para recuperar la libertad, momento en el que según se establece en el Código penal, se procederá a intentar rescatar también su «alma» a través de puras medidas inocuizadoras. Esto es lo que viene a afirmar Portilla Contreras cuando afirma que «esa potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el ‘individuo peligroso’ a través de medidas de seguridad»²⁹.

Y llegados a este momento, saltan a relucir los puntos en común que tienen la libertad condicional, entendida en sentido estricto y al margen de la actual regulación legal, con la prediseñada medida de seguridad de libertad vigilada: ¿qué es la libertad condicional, si no una libertad vigilada, de forma que si el condenado comete delito, vuelve al interior de la prisión para terminar de cumplir con la condena impuesta en sentencia?³⁰

La inclusión de este mecanismo no es más que un estadio más avanzado del Derecho penal securitario incorporado al ordenamiento penal español fundamentalmente a través de la LO 7/2003, aunque ahora «ya no se trata de perseguir los delitos y prevenir los peligros concretos, sino de evitar riesgos siquiera imaginables, renunciando a la individualidad y a los derechos del sujeto»³¹. De ahí que simultáneamente se otorgue protagonismo en la fase ejecutiva de la nueva medida no ya a la víctima real del delito, sino a colectivos de víctimas futuribles y anónimas que, todo apunta, a que actuarán movidas por sus propias reivindicaciones punitivistas, ignorando la reinserción social del condenado.

Con la imposición sucesiva de pena privativa de libertad vacía de contenido resocializador y posterior medida de seguridad vigilada se tranquiliza la conciencia del legislador, a costa de la dignidad del penado, que se deja de lado y con ella, la clave del actual sistema que sostiene al Código: si al sujeto que es capaz de comprender la realidad de sus hechos y de comportarse de acuerdo con dicha comprensión, se le impone una medida de seguridad, se le anula como

²⁸ ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 139.

²⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 246.

³⁰ Apuesta como forma de luchar contra la criminalidad violenta por una ejecución de la libertad condicional «auténtica»: SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO, L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, eds. Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 709.

³¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., pp. 53-54.

persona, pues se ignora su capacidad de autodeterminarse, al tratársele como si padeciera una alteración mental, o tuviera alterada la percepción de la realidad: en definitiva, como a quien no es capaz de comprender lo que hace.

En este momento, el legislador actúa ya libre de cualquier atadura, por lo que supera la frontera existente entre la pena y la medida con soltura, como si aquélla fuera invisible y nada pasara o nada se enturbiara con semejante forma de proceder. Con estos mimbres, solo quedaba por dar un paso más: incluir la cadena perpetua, paso que fue dado pasados 5 años después.

IV. LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Al endurecimiento de la pena privativa de libertad temporal y a la posibilidad de imponer una medida de seguridad postpenitenciaria al delincuente declarado imputable en sentencia, le siguió en 2015 una doble reforma que volvió a afectar al límite máximo de la pena privativa de libertad, admitiendo la prisión permanente revisable, y al «grupo» de escogidos delincuentes para los que estaba prevista la posibilidad de imponer, tras la ejecución de la pena privativa de libertad, una medida de seguridad de libertad vigilada. Los esfuerzos realizados por el legislador para ocultar la reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico de la prisión perpetua son considerables, pero inútiles³².

En efecto, en el marco legal que establecen los artículos 36, 78 bis y 92 del Código penal, tras la reforma que operó la LO 1/2015, la denominada prisión permanente revisable es una pena de prisión para siempre, es decir, perpetua, porque la propia pena no garantiza la salida con vida de la prisión, y su eventual revisión depende del comportamiento penitenciario del penado, que debe respetar los cánones de un «buen preso», si quiere salir de la cárcel vivo: solo sobre él recae todo el peso de la ley. Incluso en el caso de condenados enfermos muy graves con padecimientos incurables o septuagenarios, la recuperación de la libertad depende especialmente de su «escasa peligrosidad». En este contexto de endurecimiento de la respuesta punitiva, que se constata al leer las expresiones que usa el legislador para hablar con quienes cometen delito (como «cumplimiento íntegro», «prisión efectiva», «respuesta contundente» o «preso»), llama la atención la confianza que deposita en el recluso, de quien espera que arrepintiéndose y colaborando con él, se convierta en su aliado, salvando por él la cons-

³² Por todos ver ampliamente SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Derecho penal del enemigo en España*, Reus, Madrid, 2020.

titudinalidad de la propia pena. Por ello, incluso contando con su colaboración, el legislador no puede garantizar haber orientado su ejecución a la reeducación y reinserción social del condenado y, por tanto, la constitucionalidad de la pena, tan solo puede en el mejor de los casos pronosticarla³³.

Esos «aliados» del legislador no son otros que los autores de los delitos que mayor rechazo social cosechan y que más conmueven a la opinión pública, como son «los asesinos» que ejecutan la muerte de forma especialmente cruel, combinándola con agresiones sexuales (véase las muertes de la «Niña Mari Luz», de Marta del Castillo o el crimen de las niñas de Alcáser) y para «los terroristas» (a pesar de que el terrorismo que ha azotado a España haya desaparecido de nuestra vida diaria, aunque desaparecido el problema político criminal, aún se sigue sacando rédito político del mismo). Para recubrir la decisión y que no pareciera que se trata de una pena que nace *ad hoc*, se amplió el catálogo a los autores de regicidio (art. 485), del homicidio de un jefe de Estado extranjero o de otra persona protegida por tratados que se hallen en España (art. 605), así como para determinados genocidas (arts. 607 y 607 bis), que son delitos que rara vez se han aplicado. Se trató, por así decirlo, de una equiparación puramente técnica, que ha tenido en consideración, por una parte, la gravedad inherente al comportamiento del terrorista y del asesino así como el rechazo social que generan, y por otra, la importancia de otros bienes jurídicos protegidos penalmente. Que existen dos bloques perfectamente diferenciados dentro de los castigados con la pena de prisión permanente revisable es fácil de constatar si se presta atención al hecho de que en el caso de los terroristas y de los asesinos, además se ha previsto la imposición de una medida de seguridad post-penitenciaria de libertad vigilada, mientras en los otros tres supuestos (arts. 485, 605, 607 y 607 bis), no.

Aun así, si se tienen en cuenta las escasas ocasiones que recientemente se han producido en España el homicidio de un rey³⁴, de un jefe de Estado extranjero o un delito de genocidio, se pone de manifiesto que no había ninguna urgencia en castigar más unos delitos no aplicados, y simultáneamente se destaca la finalidad que ha tenido el legislador al incluir en el Código penal la pena de prisión permanente revisable: es una pena creada *ad hoc*, para asesinatos que conmueven a la opinión pública, así como para los delitos de terrorismo³⁵.

³³ ACALE SÁNCHEZ, M., *Prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016, p. 198.

³⁴ O de algún otro miembro de su familia –ver la Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 2.ª, núm. 22/1999, de 18 de mayo [ARP 1999/2161]–.

³⁵ Más exactamente habría que hacer referencia a que la pena de prisión permanente revisable se ha incorporado al Código penal español para hacer frente a determinados «asesinos» y «terroristas».

Pero más allá de estos casos específicos, lo cierto es que el propio carácter «revisable» de la pena de prisión permanente no calza bien con el conjunto de la LO 1/2015 que partió según expresa su Preámbulo de «la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia», lo que «hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas».

Ha de resaltarse pues que la inclusión de la prisión permanente revisable en el Código se produce en los arts. 33 y 36 separando por una parte el mensaje que se lanza a la ciudadanía (prevención general negativa); y por otra parte, a los aplicadores del derecho, que deben tener en consideración esa reversión en temporal de la pena permanente. Pero no puede ignorarse pues que el mensaje que se lanza a la ciudadanía es que el Estado puede privar de libertad «permanentemente» a quien comete un delito.

En cualquier caso, el legislador se esfuerza en enfocar el análisis de la prisión permanente desde el prisma de la reinserción social a pesar de que se evita mencionar el art. 25.2 de la Constitución; esta forma de proceder, esto es, subrayando una idea y omitiendo el soporte de la idea, pone de manifiesto que más que un fin, la reinserción social parece un obstáculo a superar, de ahí que se difumine su fuerza y se convierta en mero pretexto. Y si es cierto que el legislador no puede garantizar la constitucionalidad de la pena, al admitirla, incumple el mandato que establece el art. 25.2 de la Constitución de «orientar la política penal y penitenciaria» a la reinserción social por lo que «no puede haber penas privativas de libertad que por su duración o su modo de cumplimiento impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y reinserción social del condenado» (SSTC 28/1988, de 23 de febrero, 72/1994, de 3 de marzo, y 75/1998, de 31 de marzo). Esta es la mayor diferencia que se observa entre los ordenamientos jurídicos europeos que se declara haber tomado de modelos, y el español: en aquellos la revisión de la pena se garantiza por el legislador al exigir la concurrencia de una serie de requisitos de carácter objetivo o por lo menos con carácter general, mientras que en el Código español, el legislador no puede garantizar que llegado el momento el penado recupere la libertad: dependerá de su comportamiento dentro de prisión. Por tanto, se trata de una revisión hipotética, no garantizada que convierte la pena de prisión permanente revisable en una prisión perpetua con eventual revisión si el penado acepta una serie de normas que le impone la institución carcelaria.

A esto ha de unírsele el efecto bonsái que han causado sobre la pena de prisión las sucesivas reformas del Código desde 2003, diseñando un sistema en virtud del cual los condenados cumplen sus condenas dentro de los establecimientos penitenciarios, por más tiempo y en grados menos proclives –por

cerrados— a la reinserción social que ha terminado siendo una excusa estándar a cuyo amparo se ha retrasado la salida de prisión. En este marco, la admisión a través de la LO 5/2010 de la medida de seguridad post-penitenciaria de libertad vigilada no fue más que una consecuencia necesaria del bloqueo del penado dentro de la cárcel durante el tiempo de cumplimiento de la condena, lo que determinaba que posteriormente el legislador tuviera que articular algún mecanismo para controlar después en muchos casos de muchos años su recuperación precipitada de la libertad. Más que otra cosa, el deterioro actual de la prisión cuando es temporal, es un aviso del fracaso futuro de la pena cuando sea permanente. Acierta Cuerda Riezu cuando califica la situación que finalmente han creado las LLO 1 y 2/2015, como una «orgía de la privación de libertad»³⁶.

Por otra parte, mucha es la complejidad de la vida en prisión cuando de personas que tienen derecho a recuperar su libertad se trata: basta observar los índices de infracciones disciplinarias. Si a esto se le añade la pérdida del derecho a saber con certeza cuánto tiempo puede el Estado privar a una persona de libertad, a fin de organizarse el resto de su vida, puede entenderse que se trata de una pena que vendrá a hacer más violenta la violenta vida carcelaria. Resalta PÉREZ MANZANO el recurso en prisión a los tratamientos de ansiolíticos para que los internos «soporten mejor la privación de libertad y facilitar una convivencia pacífica en los establecimientos penitenciarios»³⁷. Esto significa que la falta de capacidad de actuación de muchas personas privadas de libertad tiene una concreta base farmacológica inducida, lo que sin duda alguna influirá en que la vida en el interior de las prisiones sea más tranquila, en apariencia, aunque quien se encuentra sometida a dicho tratamiento, solo esté «inducidamente más tranquilo»: en esto no puede consistir precisamente la reinserción social. Como afirma Cuerda Riezu tal como está diseñada la pena, se viola el mandato de certeza *ex art. 25.1* de la Constitución³⁸.

Sin duda alguna, los riesgos de fuga y/o de suicidios y de comportamientos más peligrosos serán superiores a los que comportan otras penas, en la medida en que la mayor pena pendiente que cumplir y las peores condiciones de cumplimiento (entre otras cosas, por la falta de concreción del momento máximo en el que se recuperará la libertad y la no creación del órgano que

³⁶ CUERDA RIEZU, A., «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *Otrosí*, 2012/12, 29.

³⁷ PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret*, 2011/2, p. 27.

³⁸ CUERDA RIEZU, A., «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *cit.*, p. 32.

debería velar por la ejecución), envalentonarán a los condenados, a quienes les merecerá la pena «arriesgarse».

Basta pensar en cuánto tiempo tarda en pasar una hora en prisión. En efecto, cuando se tiene por delante que cumplir una pena de prisión «permanente» aunque sea revisable, la esperanza de recuperar la libertad se adquiere pasado mucho tiempo desde el momento en el que se produjo el encarcelamiento. Esto es lo que puede determinar que el penado «retrase» su fase de acoplamiento a las pautas carcelarias -que son las que deberían acercarle a la reinserción- y con ella a la «revisión» de la pena de prisión permanente. A adaptarse cuanto antes a la vida carcelaria estándar no le ayuda precisamente la «tarifa plana penitenciaria» de cumplimiento en primer o segundo grado a la que se hacía referencia anteriormente (y que va a dar prioridad a la pena impuesta y al tiempo de cumplimiento de la misma). Es decir, el estado psicológico del condenado a esta pena es el de una persona que durante años va a tener la esperanza perdida, de ahí que quepa concluir que además de la libertad ambulatoria, la esperanza es el derecho del condenado que se ve afectado con la imposición de una pena de esta naturaleza.

El hecho de no poder hacerse una representación ideal en torno al momento en el que se puede recuperar la libertad, lleva aparejado un deterioro de la salud, en la medida en que las propias condiciones en las que se produce el encarcelamiento envejecen física, psíquica y además socialmente -como consecuencia del hecho de que el penado se ve sumido en una espiral de desarraigo que le apartará de su familia, de sus amistades y de su propia vida anterior al momento de entrar en prisión-. Este deterioro de la salud de la privación de libertad la reconoce el legislador cuando prevé que los penados que estén cumpliendo una sanción de aislamiento en celda deberán tener sometidas a cuidado su salud en atención a lo dispuesto en el art. 43.1 Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, que exige que el penado esté sometido a control facultativo durante el tiempo que esté sometido a una sanción de aislamiento. En este sentido afirma Pérez Manzano que «parece evidenciarse en la mayoría de los casos, que un prolongado período de custodia de seguridad -como el que sería indicado para los delincuentes incorregibles- produciría daños cerebrales irreparables en la estructura interna de la personalidad»³⁹.

Pero la excepcionalidad de esta pena es aún mayor si se tiene en cuenta que se trata de una pena fija, dispuesta como pena única, lo que priva al tribunal sentenciador de su facultad de graduar la cantidad de injusto y de culpabi-

³⁹ PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», cit. p. 20.

lidad a través del sistema general de una pena base conformada por un límite mínimo y otro máximo, lo que impide llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de proporcionalidad⁴⁰. De esta forma, se desprecian las circunstancias atenuantes y/o agravantes que concurran y que no determinen la imposición de pena inferior en grado, con lo que se puede estar causando el efecto criminógeno de que los autores actúen de la forma más atroz posible, porque si el plus de daño que causan no es por sí mismo constitutivo de delito, tiene un coste penológico igual a cero (es decir, sale gratis). Y si es constitutivo de delito, según el art. 76, en caso de concurso real el límite máximo de cumplimiento de la pena «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los arts. 92 y 78 bis que retrasa la clasificación en tercer grado del penado, así como el acceso a la libertad condicional». Puede pensarse en el caso en el que se asesinara a un menor de edad tras someterle a abusos sexuales (como ocurrió en el caso de la niña Mari Luz Cortés): para la calificación de los hechos como asesinato agravado del art. 140, castigado con la pena de prisión permanente revisable, bastaba ya con el dato de que la víctima es menor de edad (art. 140.1), o con el de los abusos sexuales (art. 140.2), atentado contra la libertad sexual que además parece que deben ser castigados en sí mismos considerados en atención a lo dispuesto en los arts. 180 y ss, con el riesgo de que en este caso se pueda estar poniéndose en peligro el principio *non bis in idem*.

Tras la reforma, los arts. 36, 78 bis y 92 del Código penal contienen un verdadero compendio de derecho penitenciario encapsulado para la prisión permanente y su inclusión ahí, en vez de en la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria tiene mucha significación, porque pone de manifiesto su naturaleza más penal, que penitenciaria, y que la verdadera finalidad que persigue el legislador al incorporar esta pena al ordenamiento jurídico es la de ampliar la afflictividad de la reclusión para los condenados: siguiendo con los términos usados en este trabajo, puede hablarse de una especie de *tarifa plana plus*.

Con este simple gesto, se confunden los fines preventivos generales y especiales de la pena con la reinserción social, finalidad por antonomasia que

⁴⁰ CUERDA RIEZU, A., «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», cit., p. 32; MUÑOZ CONDE, F., «Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ellas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 449; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 187. Afirma FERRAJOLI («Ergastolo e diritti fondamentali», en *Dei delitti e delle pene*, 1992/2, p. 302) que estas penas contradicen «el principio de jurisdiccionalidad de las penas, el cual excluye penas fijas, no graduables de acuerdo a la valoración del caso concreto».

ha de perseguir el Derecho penitenciario que, a su vez, al aterrizar en el conjunto de un Código penal tan embrutecido, se aprovecha de esa mezcolanza de fines también. Y si al Derecho penitenciario se le resta la finalidad primordial de la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad, tan solo le queda la labor de policía de «retención y custodia» de los detenidos, presos y penados (art. 1 Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria).

A pesar del esfuerzo realizado por el legislador para concentrar la regulación de la prisión permanente revisable dentro del Código penal, resulta sorprendente que su entrada en vigor el 1 de julio de 2015 no se hiciera coincidir con otros cambios legales. En este sentido, en primer lugar, a pesar del conjunto de disposiciones penitenciarias incluidas en el Código penal, la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria necesita urgentemente ser reformada a fin de que se recoja el régimen de vida de estos condenados: cuáles son los establecimientos penitenciarios de máxima seguridad que ejecutarán estas penas y dónde estarán ubicados; qué régimen va a pautar la vida en su interior ¿un régimen de primer grado «agravado»?; ¿una especie de aislamiento en celda permanente?; ¿cuáles son los derechos de los que van a poder disfrutar los penados (recibir visitas, correspondencia, asistencia sanitaria en caso de hospitalización; separación por sexo; madres con hijos), etc.? ¿preso sombra? Ya la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 4/2015 sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código penal en la LO 1/2015 señalaba que entre todas esas modificaciones, la prisión permanente revisable, «estas modificaciones no pueden quedar confinadas en el ámbito del Código penal, sino que deben proyectarse en una reforma de la ley penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo», dando pautas hasta entonces, y sin embargo, guarda silencio sobre la prisión permanente revisable, en el entendimiento de que lo importante a esos efectos es el tope de la revisión y hasta que se tengan que revisar las condenas de prisión permanente revisable queda mucho tiempo y por tanto, el legislador podrá aprobar esa reforma legal, olvidando lo más importante: el día a día.

La falta de coincidencia en el tiempo de estas necesarias reformas pone de manifiesto que se trata de una pena de prisión permanente, que es lo esencial. Su revisión no es más que un *mero accesorio penológico* cuya importancia en el modelo diseñado por el legislador se sobredimensiona, y somete al condenado a una especie de «camisa de fuerza», como afirma Landa Gorostiza: «una malla reticular de acero que aprisiona al interno bloqueando *de facto*

su eventual proceso de reinserción social»⁴¹. Precisamente en la posibilidad de revisión de la pena se apoya el Consejo General del Poder Judicial para afirmar que «en consecuencia, la pena de prisión permanente revisable prevista en el Anteproyecto no ignora el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados»⁴². En cualquier caso, la existencia de este mecanismo de revisión, no garantiza que se recupere la libertad y la prisión puede convertirse, como afirma Cuerda Riezu «en indefectiblemente perpetua»⁴³.

En efecto, pasados todos esos años, se celebrará una vista para la revisión en la que se valorará con argumentos penitenciarios el arrepentimiento del penado. El carácter moralizante de la resolución no puede negarse. En ella, el tribunal ha de tener en cuenta dos requisitos de carácter objetivo (el transcurso de unos plazos y la clasificación en tercer grado) y además tiene que fundar su decisión una vez valorados los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por los especialistas que el propio tribunal determine, en la existencia de un «pronóstico favorable de reinserción social», a la vista de «la peligrosidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Con esto, más o menos parece que se le está pidiendo al penado que presente proactivamente pruebas convincentes de que se ha reinsertado, mientras que la propia prisión ha adoptado durante toda la ejecución de la «prisión permanente» una posición pasiva muy cómoda, voyerista, limitándose a observar el esfuerzo que, en su caso, decida hacer aquél para recuperar la libertad: el Tribunal se limitará como si fuera un notario, a dar fe de ese esfuerzo (sin duda alguna, se trata de un juego de roles en el que el penado se ha llevado la parte más comprometida).

Nótese por otra parte que exigirle al penado en estos casos que pida perdón a las víctimas, que abandone la organización criminal, es tanto como afirmar que el legislador va a entrar en el pensamiento del autor a fin de exigirle un cambio de su personalidad: violando así su dignidad personal. De esta forma interpreta-

⁴¹ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, p. 32.

⁴² Ver *Informe*, p. 37.

⁴³ CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 42.

do, no se trata ya de perseguir la reinserción social del penal, sino de volver a castigarle durante la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

Con tanta carga de agresividad, parece que el legislador hace más que Derecho penitenciario, una suerte de química penitenciaria, en la que sustituye acciones por reacciones, derechos por deberes, cárceles por laboratorios, e ignora que la ley penitenciaria debe ser proactiva, esto es, ir dirigida a facilitar la vuelta de quien está cumpliendo la pena a vivir en libertad, no a impedirlo, como así hacen los arts. 36.3, 78 bis y 92, si el propio recluso no lo impide. En efecto, la mera redacción del artículo 36.3 está poniendo de manifiesto que su finalidad no es permitir el acceso sino impedirlo, lo que se señala de forma literal al establecer que la clasificación del condenado en tercer grado «no podrá efectuarse», o que «no podrá disfrutar de permisos de salida» en el último párrafo del número 3.º, ignorando que tanto la clasificación penitenciaria como los permisos de salida no son un «premio» sino parte esencial del tratamiento del penado, en su «preparación para la vida en libertad» (artículo 47.2 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria).

Esa construcción cerrada de la pena de prisión permanente revisable puede hacer por otra parte que se causen efectos negativos sobre la propia sociedad a la que supuestamente pretende proteger. En efecto, piénsese los largos periodos de internamiento, sin salir del establecimiento penitenciario, los efectos que van a provocar. Se trata de un cumplimiento de la pena privativa de libertad «plano», o si se prefiere en palabras de Cuerda Riezu «sin alicientes»⁴⁴. El hecho de que se prive al penado de un permiso de salida de la prisión puede ser interpretado como uno de los medios a los que recurre el legislador para ampliar la gravedad de la sanción penal impuesta, pero a la vez se consigue que no se prepare al interno para cuando llegue el momento de recuperar la libertad⁴⁵.

En la medida en que se trata además de un Derecho penitenciario reactivo, no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla, no es en puridad de principios «Derecho penitenciario», a pesar de lo penitenciario de su contenido.

En este sentido, el modelo de Estado social y democrático de derecho diseñado por la Constitución de 1978, obliga a los poderes públicos, a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Penas como la prisión permanente

⁴⁴ CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, cit., p. 41.

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, cit., p. 239.

revisable, aprobadas por las mayorías parlamentarias pertinentes son penas democráticas porque así lo determina una simple operación matemática, pero no por ello son ya «ajustadas a derecho», atributo que les garantiza su legitimidad material.

V. BALANCE DE ESTE NUEVO PUNITIVISMO

El sistema actual, diseñado en las tres fases de 2003, 2010 y 2015 no se comprende si no es reconociendo el rechazo por parte del legislador a la reinserción social, de la cual desconfía completamente. En este sentido, como afirma Lamas Leite la caída del crédito de la reinserción se debe no ya a una «inexistencia real», sino a la inexistencia «de un verdadero trabajo rehabilitador»⁴⁶.

El paso del *Código penal de la Democracia* hacia el *Código penal de la Seguridad* –que constituye la crónica de un fracaso anunciado en la lucha contra el delito, y la plasmación del giro antidemocrático que preside la política no sólo la política criminal de los últimos años– se ha producido sin duda alguna a costa de sacrificar lo insacrificable, esto es, el modelo político criminal subyacente a la Constitución de 1978 basado en el principio de resocialización (con la incorporación de un concepto completamente trasnochado), legalidad (consagrando la aplicación retroactiva de disposiciones desfavorecedoras del reo, así como estableciendo mecanismos que suponen violación del principio *non bis in dem*) y humanidad de las penas (estableciendo penas que por su duración y por las condiciones de su cumplimiento, impiden el fin de la reinserción social). No es más que una respuesta uniformada al problema de la reinserción social, conceptos ambos –por definición– incompatibles, desconociendo «la dignidad personal del condenado, cuyo *iter* se condiciona a objetivos que le son ajenos –se le toma como instrumento–»⁴⁷.

Si se observan, las claves de la reforma penal española llevada a cabo en 2003, 2010 y la última de 2015 parecen estar claros: normativización de los conceptos de acción y de peligrosidad, consideración del autor como un enemigo social; inocuización del delincuente como fin del sistema penal; confusión de pena y medida, y defensa social frente a los delincuentes como medio para alcanzar aquél: estas son las bases epistemológicas de este nuevo pensa-

⁴⁶ LAMAS LEITE, A., «Nueva penología, *punitive turn* y Derecho penal: *quo vadimus?* Por los caminos de la incertidumbre pos(moderna)», *InDret*, 2013/2, p. 30.

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», cit., p. 377.

miento retro de defensa social, ante el que solo desde planteamientos garantistas, se puede intentar hacer frente, frenándolo.

En esta línea, resulta sorprendente comprobar cómo la resocialización y la reinserción social siguen siendo el caballo de batalla de la política punitiva de referencia que ha renunciado abiertamente a ellas durante el proceso vivido en el Código penal español desde el año 2003: esto no es más que pura demagogia. Para ello ha sido necesario pasar a reconfigurar la reinserción social que, de original derecho del condenado, se ha convertido en deuda que se contrae el delincuente con el Estado por la comisión del delito, lo que es tanto como recurrir a la fuerza si se quiere alcanzar el fin de la reinserción social, al estilo del positivismo criminológico italiano: ha de tenerse en consideración que resocialización no significa hacer prevalecer ningún credo sobre otro. Resocializar, como afirma Barbero Santos, ha de entenderse como intentar que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra⁴⁸. Por ello, habrá que conformarse con que el condenado no vuelva a colaborar activamente con la organización, lo que no es lo mismo que exigirle que colabore activamente con la Administración de justicia.

Estamos ante una reforma penal de carácter represivo, que deja de lado los principios humanitarios propios del Estado de derecho, y que olvida que la mejor protección de los derechos de la víctima no se identifica con programas de venganza, sino con programas de reparación y prevención que minimicen la presencia y los efectos del delito: como afirma Baratta la cuestión puede resumirse en las siguientes palabras: «¿queremos ser defensores del orden, o custodios de los derechos humanos?»⁴⁹. El padre de la reforma acabada de sancionar ha optado claramente por la defensa del orden por él mismo diseñado, en detrimento de los derechos humanos de los demás.

Con todo esto, parece que se pone de manifiesto que el legislador ha decidido acabar con el Derecho penal, como propugnaba un sector de la doctrina en el marco de las teorías abolicionistas, pero sustituyéndolo por un instrumento de control nuevo que está libre de sus premisas. El Derecho penal del futuro tiene todavía menos de «derecho» y más de «penal» que el vigente, en la medida en que se sobrecarga de refinados castigos, en detrimento de las garantías de todos los ciudadanos, ante la eventualidad de que cualquiera de ellos cometa un hecho definido como delito.

⁴⁸ BARBERO SANTOS, M., «La pena de muerte, problema actual», en el mismo, *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 170.

⁴⁹ BARATTA, A., «Seguridad», cit., p. 23.

Sobre la mesa del Tribunal Constitucional está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde julio de 2015. Partido Socialista, Convergencia y Unión, Izquierda Unida, el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Mixto presentaron recurso de inconstitucional por considerar que, en líneas generales, vulneraba cuatro preceptos de la Constitución: el artículo 15.1, que prohíbe las penas inhumanas; el 17, que regula el principio de proporcionalidad; el 25.1, ya que no es una pena determinada, y el artículo 25.2, al considerar que atenta contra el principio de reinserción⁵⁰.

El tiempo va pasando y está sirviendo para normalizar la existencia de esta pena en nuestro ordenamiento jurídico: se va consolidando.

Con todo, debe resaltarse el hecho de que las nuevas mayorías parlamentarias han permitido al Grupo Parlamentario Vasco –no al Partido Socialista cuya atención política se centra en estos momentos en otros asuntos– presentar la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal⁵¹ de eliminación de la prisión permanente revisable. A favor de ella votó toda la Cámara con la excepción del Partido Popular y del representante de Unión del Pueblo Navarro, y se espera que tras su tramitación parlamentaria termine con la publicación en el Boletín Oficial del Estado. El previsible final de la eliminación de la pena –fruto del juego democrático– no impidió como puede leerse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la beligerancia del Partido Popular, cuando su representante intervino a favor del mantenimiento de esta pena, enfrentando –sin escrúpulos– a la doctrina científica con las víctimas del terrorismo⁵².

⁵⁰ Ver SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Derecho penal del enemigo en España*, cit., pp. 173 y ss.

⁵¹ Núm. de expediente: 122/000020.

⁵² Ver su intervención en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, n.º 80, de 10 de octubre de 2017, pp. 25 y 26: «Termino. Lean y releen a conveniencia y con la nostalgia que ustedes quieran al sector de la doctrina que sea más de su gusto. Expliquen ustedes a los españoles en nombre de qué doctrina se resignan. Nosotros creemos que no hay doctrina que justifique la resignación o la pasividad frente a los delitos contra víctimas indefensas o frente al terrorismo. Por ello, desde la Constitución, al servicio de los españoles, debemos dotar a la justicia de medios para dar respuesta proporcionada a conductas criminales tan graves como las sancionadas hoy con la pena de prisión permanente revisable». Intervención en el Congreso del Diputado del Partido Popular Sr. Barreda de los Ríos, licenciado en derecho por la Universidad de Deusto y abogado en ejercicio.

COMO IDENTIFICAR A NATUREZA JURÍDICO-PENAL DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS?*

ANTÓNIO VAZ DE CASTRO**

I. A QUESTÃO

O presente artigo tem por objecto a pergunta que preenche o seu título: «Como identificar a natureza jurídico-penal de consequências jurídicas?».

A questão de saber se uma consequência jurídica de um específico ordenamento jurídico tem ou não tem natureza penal só é logicamente possível de ser colocada se antes já se tiver uma noção daquilo que é uma consequência jurídico-penal. Pela mesma ordem de ideias, esta última identificação também só é possível se já existir uma pré-compreensão do seu objecto, que é precisamente as consequências jurídico-penais. Ou seja, nesta última tarefa fica a ideia de que aquilo que se pretende levar a cabo, na verdade, já foi feito. Este circunstancialismo parece levantar um problema de circularidade, dado que se, por um lado, o objectivo é o de saber o que é uma consequência jurídica de natureza jurídico-penal, por outro lado, verifica-se que ele não pode ser pros-

* Este artigo diz respeito a uma comunicação feita sob título semelhante no Seminário «Política Criminal e Dogmática Penal: As Propostas de uma Nova Geração» (Cádiz 2020). A questão ínsita no título é parte de uma outra, que ainda hoje comanda a elaboração da nossa tese de doutoramento, e que diz respeito à identificação dessa natureza no contexto do ordenamento jurídico português. Contudo, esta específica delimitação do âmbito expressa a ideia de que, para tal, é necessário previamente saber responder à questão deste artigo, de feição mais aberta, portanto. Quer isto significar que as duas interrogações se situam numa relação de consumpção, sendo a totalidade da pergunta deste artigo apenas parte daqueloutra que (ainda) não nos faz descansar os olhos e a mente.

** Advogado e doutorando em Ciências jurídico-criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

seguido sem que se saiba já o que é uma consequência jurídico-penal. Contudo, como afirmou Robert Alexy, que se deparou também com esta circularidade quando pretendia conhecer a natureza da filosofia do direito, ela não deve ser vista como um problema. Bem pelo contrário: «*This circularity, however, is not vicious but virtuous in character. It is nothing other than a version of the hermeneutic circle, and it is to be resolved like all variants of this circle: by starting with the pre-understanding suggested by the established practice and elaborating it through critical and systematic reflection*»¹.

Este estudo pertence assim ao universo da argumentação que compõe a discussão acerca da identificação da natureza jurídico-penal das consequências jurídicas. Não obstante situar-se a montante das questões da dogmática das consequências jurídico-penais, esta análise é também, embora não exclusivamente, de direito penal. É esta necessária reflexão sobre este ramo do direito e a ainda a ideia de que ele é transcendido que levam a categorizar este domínio como *meta-penal*.

A forma como a questão foi enunciada («Como...?») deixa a entender que ela é uma questão de cariz *metodológico*. Para se saber o que é uma consequência jurídico-penal, é necessário, em primeiro lugar, saber como se deve descobrir esse conhecimento. Mas mais ainda. Se o fim último é o de perceber se uma dada consequência jurídica tem ou não tem natureza penal, é imprescindível levar ainda cabo uma comparação entre a consequência sob análise e o conceito de «consequência jurídico-penal», sendo por isso igualmente imprescindível a criação e aplicação de um reflectido método comparativo. Em suma, a pergunta deverá necessariamente desdobrar-se em três, nesta precisa ordem cronológica: *i) Como identificar? ii) O que é uma consequência jurídico-criminal; iii) Como se aplica o critério de identidade da consequência jurídico-penal num caso concreto?*

II. A ESTRUTURA DA RESPOSTA: AS TRÊS CAMADAS

A pergunta «A consequência jurídica *x* tem ou não tem natureza jurídico-penal?» denuncia que o sentido das suas respostas se revelará pouco complexo, na medida em que a conclusão final de cada uma terá apenas um de dois sentidos, *sc.* natureza penal ou natureza não penal. A *conclusão final da resposta* apresenta-se como a *primeira camada*, estrato ou nível da resposta.

¹ R. ALEXY, «The Nature of Legal Philosophy», in *Ratio Juris*, vol. 17, n.º 2, Junho de 2004, p. 158.

Um interlocutor mais curioso não tardará em levantar uma pergunta que simboliza a condição humana: «Porquê?». Quem estiver colocado na situação de escolher, em função da sua validade, entre uma resposta com uma conclusão final ou outra com um sentido oposto deverá descer para a camada seguinte das respostas, a *segunda camada*, onde se encontram os *motivos da conclusão final*. Entra-se, deste modo, no espaço da fundamentação.

Estes motivos são geralmente denominados por *critérios*, e são disso exemplo os famosos «*Engel criteria*» da jurisprudência do TEDH relativa ao apuramento da natureza jurídico-penal de consequências jurídicas.

Enquanto a conclusão final apenas poderá assumir um de dois caminhos, nesta segunda camada há liberdade, que é espelhada na multiplicidade de motivos ou critérios utilizados. Tendo em conta a decisiva influência que a aplicação de um critério terá na conclusão final da resposta, se se pretender saber que critério se *deve* utilizar, tem de descer-se para a *terceira camada* da resposta, no seguimento da ideia de que a validade da conclusão de uma camada é compreendida naquela que está abaixo. É aqui que se obtêm as características que um critério deve possuir para se considerar apto a cumprir a sua específica função. Este é o espaço dos *motivos dos motivos* (da conclusão final) ou, dito de outro modo, dos *critérios dos critérios*, ou ainda do *método do método*. Ao passo que a segunda camada assenta em motivação de cariz jurídico, por dizer respeito a motivos de carácter jurídico, esta terceira camada é composta por argumentação de natureza não jurídica, mas sim meta-filosófica².

Esta terceira camada tem sido esquecida pelos autores das várias respostas nacionais e internacionais, que se limitam a aplicar um ou mais critérios sem explicarem o porquê de serem esses e não outros. É a directa influência da escolha e aplicação do critério no sentido da conclusão final que evidencia a importância desta terceira camada.

Por tudo isto, e sob pena de se mostrar precária, a resposta deve apresentar-se de um modo distinto, mais amplo, de forma a englobar não só a *conclusão final* (primeira camada) e os *motivos da conclusão* (segunda camada), mas também os *motivos dos motivos* (terceira camada). Mais concretamente, de forma a que dela constem a conclusão da natureza jurídico-penal da consequência jurídica analisada, os critérios de identificação dessa natureza e, por fim, os motivos que justificaram a escolha desses critérios.

² Esta estratificação destes âmbitos é bem representada por Paweł Banaś, segundo o qual as teorias da filosofia do direito são teorias de «primeiro nível», enquanto as teorias metafisológicas, mais profundas, são já de «segundo nível». P. BANAŚ, «The Philosophy of Legal Philosophy – An Introduction», in *Meta-philosophy of Law*, editado por Paweł Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 2 e 3.

Uma última nota interessante quanto à forma como se estrutura a resposta tem que ver com o caminho racionalizante que a identificação da natureza jurídico-penal de uma concreta consequência jurídica envolve, já que nela é possível descortinar um raciocínio silogístico: na sua premissa maior está o critério aplicado («Todas as consequências jurídico-penais têm a característica x »), na premissa menor, a consequência jurídica sob a qual se aplica o critério («A consequência jurídica y tem/não tem a característica x »); por fim, temos a conclusão final («A consequência jurídica y tem/não tem natureza jurídico-penal»).

Assim, a criação de um critério de identidade corresponde à edificação da premissa maior do silogismo. Simultaneamente, a resolução da premissa menor implica a criação de um método de aplicação do critério, já que de nada servirá a criação de um critério se não se souber como utilizá-lo. A conclusão final da resposta será a conclusão final do silogismo.

A) A terceira camada

O acto de questionar sobre a natureza de algo torna-se numa missão impossível se não se souber o que significa precisamente esse acto. Uma resposta possível, que é aqui acompanhada, associa esta tarefa àquela que consiste em *identificar* o que quer que seja, ou seja, em saber o que é que é ser uma coisa e não qualquer outra. É aquilo que Scott Shapiro denomina por «*Identity Question*», cuja finalidade é taxonómica³⁻⁴. Esta correspondência entre a identificação do direito e a sua natureza é feita também por Joseph Raz que defende, por conveniência terminológica, a ideia segundo a qual uma teoria do direito, no seu sentido estrito, consiste numa explicação acerca da natureza do direito⁵. Aproveitando estas ideias, nesta terceira camada o objectivo é o de identificar aquilo que é uma consequência jurídico-criminal ou, de outro modo, aquilo que faz com que ela seja aquilo que é e não qualquer outra consequência.

Quando se teoriza sobre o direito pode usar-se, em termos simplificados, um de três vinculados métodos que predicam a própria teoria que no final se constrói: *i*) teoria jurídico-conceptual, através da qual se explicam conceitos jurídicos e a relação existente entre eles; *ii*) teoria jurídico-empírica, nos termos da qual se identificam e expõem certas características ou propriedades dos

³ S. J. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 12

⁴ Sobre as finalidades jurídico-taxonómicas, *vd.* Emily Sherwin, «Legal Taxonomy», in *Legal Theory*, n.º 15, 2009, pp. 25 a 54.

⁵ J. RAZ, «Can There Be a Theory of Law?», in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Martin Golding e William Edmundson, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, p. 324.

sistemas legais, apresentando-se, por consequência, como uma teoria de natureza essencialmente descritiva; *iii*) teoria jurídico-normativa, preocupada em determinar as características que as normas legais ou as próprias instituições devem ter para se assumirem como moralmente legítimas⁶.

Se se está perante uma *identity question* «O que é *x*?», e tendo em conta, para além do mais, que a análise conceptual precede os restantes métodos, então parece forçar-se o seu destinatário a tomar um necessário rumo metodológico nessa difícil tarefa que será associar-lhe uma resposta: o método da análise conceptual⁷.

Das várias concepções deste método, e seguindo a taxonomia de Sally Haslanger⁸, aquela que parece mais adequada à prossecução das finalidades aqui em jogo (e que é a seguida por autores como Robert Alexy⁹, Joseph Raz¹⁰ e Julie Dickson¹¹) é a «*descriptive analysis*», que consiste no apuramento das características essenciais do referente ou fenómeno conceptualizado, de modo a que a natureza desse referente analisado se identifique com o significado do seu conceito («*operative concept*»).

Scott Shapiro compara a actividade de um teórico que aplique o método jurídico-analítico ao trabalho de um detective. Exemplificando com um caso de homicídio, sugere que, assim como o detective recolhe no local do crime o máximo de provas para posteriormente, com o seu conhecimento do mundo e da mente humana, afastar os suspeitos e identificar o homicida, também na análise conceptual se recolhem provas e se leva a cabo uma delimitação negativa com o intuito de identificar o fenómeno que é abrangido pelo conceito em questão. A maior diferença é a de que, enquanto o detective recolhe provas e analisa verdadeiros estados de coisas («*true states of affairs*»), o teórico está interessado em truísmos, ou seja, provas ou pistas que não sejam meramente verdades, mas sim verdades óbvias ou banais («*self-evidently*»).

Na sequência, se a pergunta seleccionada para abordar a questão metodológica é «O que é uma consequência jurídico-penal?», e se acabou de seguir-se a «*descriptive analysis*» segundo a qual se deve identificar o conceito com a

⁶ Vd. K. E. HIMMA, «Conceptual Jurisprudence - An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory», in *Revus*, n.º 26, 2015, p. 66.

⁷ Acompanha-se aqui a ideia segundo a qual mesmo quem adoptar uma teoria naturalística do direito não estará liberto das amarras da análise conceptual. Neste sentido vd. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 18 e 19.

⁸ S. HASLANGER, «What are we talking about? The Semantics and Politics of Social Kinds», in *Hypatia*, vol. 20, n.º 4, 2005, pp. 10 a 26.

⁹ R. ALEXY, «On the Concept and the Nature of Law», in *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, Setembro de 2008, pp. 290.

¹⁰ J. RAZ, *ob. cit.*, p. 325.

¹¹ JULIE DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 17 e 18.

natureza do objecto ou referente abarcado pelo conceito, então o método deverá consistir no apuramento das características essenciais de uma consequência jurídico-penal para se descobrir o significado do conceito. Desta síntese podem constatar-se algumas características próprias desta concepção. Uma primeira característica tem que ver com a *redução* que a mesma implica (*reducionismo*). Do conceito, parte-se para a escolha de um referente e, posteriormente, para a determinação de características suas, reduzindo-se o conceito a algo mais fundamental¹². Denota-se ainda o traço essencialista desta concepção, já que se buscam características essenciais. Importando a noção *contrafactual* de essencialismo de E. J. Lowe¹³ para o método a criar, a missão consistirá em procurar por características essenciais de um ou mais referentes do conceito «consequência jurídico-penal» que dele sempre fizeram parte e que este não poderia não ter. Por fim, outro fenómeno que decorre, embora não necessariamente, deste cariz essencialista é o de que estas características, para além de essenciais, podem pertencer única e *exclusivamente* a um objecto ou referente, na sequência da «*thesis of the necessity of identity*» de E. J. Lowe.¹⁴

Chega-se à conclusão de que, para se identificar a natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica, de acordo com o caminho aqui defendido, é necessário eleger uma característica *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as consequências jurídico-criminais (de um dado ordenamento jurídico), que se constitua como a essência do critério de identidade a aplicar sobre a consequência de forma a verificar se a sua natureza é ou não penal.

Um método assim delineado acaba por criar bases suficientes para se partir destas predicadas características (*características das características*) para a predicação do próprio critério de identidade, cuja essência é precisamente uma dessas características que reúna aquelas qualificações.

¹² Este impulso reducionista está presente, e de modo inevitável, nas técnicas de generalização e sistematização que envolvem a integração de diferentes coisas na mesma categoria, reduzindo-as assim a uma outra coisa. Assim, R. S. SUMMERS, «The New Analytical Jurists», in *New York University Law Review*, vol. 41, 1966, p. 882. Assiste-se a este fenómeno, por ex., na teoria jurídica de Austin onde o direito é reduzido a factos de natureza social, explicados em termos sociológicos. Para tal, *vd.* J. AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 10 a 37. E assiste-se ainda na teoria de Hart, cuja ideia, entre outras, é a de que o direito tem as suas fundações nas regras sociais, cuja explicitação é feita através de uma sua redução às condutas, crenças e atitudes das pessoas. *Vd.* H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 3.^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 79 e s.

¹³ E. J. LOWE, *A Survey of Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 96 e 97.

¹⁴ O Autor explica a «*thesis of the necessity of identity*» através do «*mind-body problem*», nos termos do qual se coloca a hipótese de uma pessoa ser idêntica ao seu corpo, num exercício que coloca em jogo duas variáveis, *sc.* uma alma e um corpo, e que, não obstante imaginário, pode dizer respeito a uma hipótese possível. Assim, se se considerar que é verdade que uma pessoa/alma seja idêntica ao seu corpo, então é *necessariamente* verdade que haja essa concreta identidade. Neste caso, admite-se, portanto, esta teoria. Se, pelo contrário, se entender que não existe essa identidade, então defende-se a posição que refuta essa tese. *Ibidem*, pp. 92 a 95.

De acordo com a *terceira camada*, um critério, para se mostrar válido, deve seguir uma *racionalidade adequada*, e deve ser *universal, geral* (1.^a fase de criação de um critério – idealização) e *seguro* (2.^a fase de criação de um critério – execução). Concretizem-se estas ideias.

O requisito da *racionalidade adequada* determina que um critério de identificação da natureza jurídica deve ter como essência ou fundamento uma característica obtida de uma relação substancial estabelecida entre dois elementos normativos da norma de conduta criminal (impositiva ou proibitiva), *sc.* infração jurídica e consequência jurídica. Um critério é *universal* quando a característica que o fundamenta é *comum* a todas as consequências jurídico-penais e é susceptível de as distinguir de *todas* as restantes consequências com uma reconhecidamente distinta natureza. Para tal, é necessário que a característica seja *essencial e necessária* de *todas* as consequências jurídicas a identificar. Recorrendo ao exemplo das aves de Frederick Schauer¹⁵, dizer que ter penas e vértebras faz parte da natureza das aves é declarar que nada pode ser uma ave, ou ter a natureza de ave, a não ser que possua aquelas duas características. Por sua vez, rapidamente se compreende que a característica «voar» já não é essencial das aves. Apesar de a maior parte dos animais vertebrados e com penas voar, há alguns que não voam, como sejam o pinguim e a avestruz. Ressalta aqui a ideia segundo a qual a característica do critério para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica tem de ser *comum a todas* as reacções criminais (*comparação interna*). Para além disto, a característica «voar» não é *necessária* porque não é única ou *exclusiva* das aves, já que os morcegos voam e não são aves, mas sim mamíferos. Neste sentido, a capacidade de voar não é parte do conceito «ave» porque não lhes dá essa natureza (*comparação externa*).

Se estes requisitos estiverem preenchidos, o critério considera-se *universal* e, por consequência, *geral*, ou seja, susceptível de ser aplicado *por todos* e não apenas por quem siga uma específica teoria que possa fazer com que o critério deixe de ter sentido nas suas mãos. O que isto significa é que a característica que é a essência do critério de identidade deve ser retirada de um truísmo.

Por fim, o critério deve ser *seguro*, i.e., deve possuir uma subjectividade *sustentável* que não torne ineficaz a aplicação do critério de identificação da natureza jurídica, por se ter ficado refém da premissa maior ou menor do silogismo.

¹⁵ F. SCHAUER, «Necessity, Importance and the Nature of Law», in *Neutrality and Theory of Law*, J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso e D. M. Papayannis (eds.), Dordrecht, Springer, 2013, p. 21.

B) A segunda camada

Criados os requisitos de validade de um critério na terceira camada, nesta segunda camada deve construir-se um critério de identidade em função precisamente desses requisitos. O facto de não se ter fechado ou limitado a questão que figura no título a nenhum ordenamento jurídico faz com que agora não estejam reunidas as condições para se colocar em prática um método com vista à criação de um critério. Sem embargo, é possível analisar alguns critérios à luz da teoria deixada na terceira camada, de forma a compreender a dialéctica estabelecida entre estas duas camadas.

Tome-se como exemplo o subcritério «função» (da consequência jurídica) do segundo critério *Engel*. A premissa maior do raciocínio silogístico que o mesmo envolve é a seguinte: «Todas as consequências jurídicas com uma função punitiva têm natureza jurídico-penal».

Num olhar atento, com este (sub)critério não se procura determinar *o que* é uma medida, mas sim *para que serve* essa medida. A medida é concebida como instrumento e função que é contingente e dependente da disponibilidade e variação dos fins, ou seja, dos objectivos a atingir por esse instrumento. Uma consequência jurídica ou um objecto não são um fim, mas sim um meio para a realização de um fim, ou de diversos fins. Esta racionalidade não se detém em valores, mas sim em objectivos/finalidades, impondo uma instrumentalização em detrimento da fundamentação. O funcionalismo externo deste subcritério representa uma ideia de contingência e a natureza de um objecto não depende de algo que não faça parte do ente qualificado, pelo que, neste sentido, esta racionalidade conflitua com o seu objectivo do subcritério, que é conhecer a natureza penal¹⁶. Para além disto, um subcritério como o da «função» vê atacada a sua validade enquanto critério apto a descobrir a natureza tendo em

¹⁶ A subjectivação dos fins patente neste subcritério parte ainda de uma premissa bastante questionável, qual seja a de que a finalidade é necessariamente externa a uma coisa, não admitindo a ideia de que algo pode ter uma finalidade própria, que não seja meramente externa e determinada pelo sujeito que a apreende. *Vd. G. W. F. HEGEL, Hegel's Philosophy of Nature – Part II of the Encyclopedia of the Philosophical Sciences*, traduzido e editado por A. V. Miller, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 4, § 245, «In man's practical approach to Nature, the latter is, for him, something immediate and external; and he himself is an external and therefore sensuous individual, although in relation to natural objects, he correctly regards himself as end. A consideration of Nature according to this relationship yields the standpoint of finite teleology (§ 205). In this we find the correct presupposition that Nature does not itself contain the absolute, final end (§ 207 – 211). But if this way of considering the matter starts from particular, finite ends, on the one hand it makes them into presuppositions whose contingent may in itself be even insignificant and trivial. On the other hand, the end-relationship demands for itself a deeper mode of treatment than the appropriate to external and finite relationships, namely, the mode of treatment of the Notion, which in its own general nature is immanent and therefore is immanent in Nature as such.»

conta que dificilmente¹⁷ se consegue extrair a função de uma medida de uma disposição normativa, pelo menos de modo directo.

Ora, de acordo com o requisito *racionalidade adequada* da terceira camada, deve-se procurar pela característica das consequências jurídico-criminais no próprio objecto, nos elementos constituintes da norma de conduta criminal, e não no seu contexto, como seria, por ex., o espaço onde ele se move, o momento em que ele existe, a finalidade da sua utilização, o sujeito que o manuseia, etc. Rapidamente se verifica que um critério com uma racionalidade teleológica como é o subcritério «função» (e o subcritério do segundo critério *Engel* relativo à «finalidade» da medida) não cumpre com o requisito da racionalidade adequada, já que, através deles, se declara aquilo que é um objecto sem olhar para ele, mas olhando apenas para a acção de quem o utiliza. Senão veja-se através deste prosaico exemplo: uma bicicleta tanto pode ser utilizada enquanto meio de transporte como enquanto objecto decorativo de um restaurante. Ou seja, a finalidade da utilização da bicicleta pode ser distinta e o objecto é sempre o mesmo, o que demonstra que a finalidade é irrelevante na tarefa de identificar um objecto. Interessará, sim, para avaliar a validade da sua utilização. Mas não a sua natureza.

O subcritério «função» também não é um critério *seguro*. Para além da indeterminação do conceito aparecer logo na construção do método da sua concretização – já que nem sequer se sabe bem se se está perante duas perguntas autónomas «O que é punir?» e «Para quê punir?», ou se a primeira pergunta subsume esta última¹⁸ – a dúvida expressa-se também numa fase posterior, quando já há uma tentativa de resposta, mais não seja porque não há uma resposta universalmente aceite, formando as inúmeras e distintas respostas a teoria da punição¹⁹. Coincidem, neste sentido, os conteúdos de «punição» e de «teoria

¹⁷ Neste sentido, *vd.* HANS Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 109 e 110, «It is hardly possible to define the concept of punishment according to its purpose, because the purpose of the punishment is not –or not directly– evident from the content of the legal order. That this purpose consists in preventing (by deterring) the commission or omission of an action is an interpretation which is possible also in case of a criminal legal order, whose establishment was not consciously determined by the idea of prevention but simply by the principle of retribution: to retaliate evil with evil. Capital punishment and imprisonment remain the same whether they were stipulated with the purpose of prevention or without it.»

¹⁸ *Vd.* T. McPERSON, «Punishment: definition and justification», in *Analysis*, vol. 28, *issue* 1, Outubro de 1967, p. 21.

¹⁹ Em 1954, Anthony Flew avançou o que considerava serem os requisitos do conceito de *punishment*: deve ser um mal ou algo desagradável aplicado na sequência da prática de um crime, a um presumível agente, por uma autorizada entidade que criou a norma violada. Para tal, *vd.* A. FLEW, «The Justification of Punishment», in *Philosophy – The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Vol. XXIX, n.º 111, Outubro de 1954, pp. 291 a 307. Cinco anos mais tarde, esta teoria foi densificada por Stanley Benn, que defendeu que o sofrimento infligido fazia parte da essência do conceito, não lhe sendo meramente incidental. *Cfr.* S. I. BENN, «An Approach to the Problems of Punishment», in *Philosophy*, Vol. 33, *Issue* 172, Outubro de 1958, pp. 325 a 341. Em 1959, nasce aquela que é entendida como a mais difundida definição do conceito «*punishment*», através da pena de H. L. A. Hart. Este Autor aplicou algumas nuances às teorias

da punição», pelo que pensar numa definição de «*punishment*» é mergulhar nos labirintos da teoria da punição, ou seja, é o reconhecimento de que não há uma *segura* definição. Há, sim, várias. Neste sentido, uma resposta à pergunta «O que é punir?» não passará de uma corajosa, mas frágil, hipótese. O que equivale a dizer que existe dúvida. Uma dúvida que abala as estruturas fundantes do subcritério *Engel*, porque a aplicação da técnica silogística que ele implica depende necessariamente do termo médio da premissa maior («função punitiva»).

Se se sujeitar este subcritério ao teste de esforço relativo à *universalidade*, não tardam a aparecer resultados bastante negativos. Basta verificar que existem medidas de carácter reconhecidamente punitivo que não têm natureza penal, como são as sanções típicas do direito disciplinar ou as sanções punitivas administrativas do direito das contra-ordenações²⁰. A confusão entre as reacções criminais e as sanções punitivas administrativas, que cria um espaço nebuloso, é a própria história destas últimas²¹. Uma história que parece ter sido esquecida quando se criou o subcritério «função», que parte da premissa de que só se pune no direito penal.

de Flew e Benn, tendo associado o conceito «*punishment*» à categoria de «*legal punishment*». Cfr. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, 2. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 4 e 5.

Muitas outras tentativas de resposta formam a teoria da punição. *Vd.* T. HOBBS, *Leviathan*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 205, «*A punishment, is an evil inflicted by public authority on him that hath done or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law, to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience*» (Capítulo XXVIII «*Punishment and Rewards*», § 1). Esta definição é seguida por J. RAWLS, «*Two Concepts of Rules*», in *The Philosophical Review*, Vol. 64, n.º 1, Janeiro de 1955, p. 10. Cfr. ainda E. DURKHEIM, *The Division of Labour in Society*, tradução por W. D. Halls, Hampshire, The Macmillan Press Ltd., 1984, pp. 44 e ss.; J. ADLER, *The Urgings of Conscience – A Theory of Punishment*, Filadélfia, Temple University Press, 1992, pp. 109 e ss.; M. FALCÓN Y TELLA e F. FALCÓN Y TELLA, *Punishment and Culture – A Right to Punish?*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 7 e ss.; D. BOONIN, DAVID BOONIN, *The Problem of Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 3 e ss.; T. HONDERICH, *Punishment – The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006, pp. 8 a 16; D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

²⁰ Se se aplicasse, por ex., o subcritério «função» sobre uma medida de segurança criminal do ordenamento português, provavelmente o resultado seria o de que o subcritério não se preencheria porque a medida não seria punitiva, mas, sim, meramente preventiva de perigos. Deste modo, considerar-se-ia que essa medida de segurança seria uma medida puramente administrativa, lançando-se assim a teoria das medidas de segurança para fora do campo do direito penal. Independentemente da natureza que se entenda dever ser atribuída às medidas de segurança no ordenamento jurídico português, a sua natureza parece ser, ao dia de hoje, penal, quer se concorde quer não. Por conseguinte, o resultado do apuramento da natureza destas medidas, através da aplicação do subcritério «função», seria contrário àquela que é a sua reconhecida natureza penal. Esta narrativa fundamenta a regra aqui criada segundo a qual a essência de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica deve ser uma característica de *todas* as reacções criminais. O subcritério «função» não cumpre com esta exigência.

²¹ Assim, P. CAEIRO, «The influence of the EU on the «blurring» between administrative and criminal law», in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Bruxelas, Ed. ULB, 2014, p. 174, «*In short, the blur with the criminal law is the very history of administrative punitive law, starting, at least, from the moment when the administration became subject to the law. In this sense, the blur has always been there: regardless of the content we might give to the concept «administrative punitive law», it is safe to say that boundaries between the two where the administration branches were always permea-*

Nestes termos, só será válido o critério que desemboque em resultados que não provoquem uma *incoerência* na sistematização do ordenamento jurídico de que faça parte a norma analisada. Ora, o subcritério «função», ao assentar numa característica que não é *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as reacções penais, não preenche o requisito da *universalidade* de um critério de identificação da natureza penal e, por isso, não é válido.

Como acabou de se ver, este subcritério *Engel* não cumpre com os imperativos da terceira camada. Não obstante não haver aqui espaço para o justificar devidamente, este não é caso único, já que nenhum dos restantes critérios *Engel* supera, na íntegra, todos os testes relativos a cada um dos *critérios dos critérios*. Da análise da jurisprudência do TEDH relativa ao apuramento da natureza jurídico-penal, por ex., de várias modalidades de confisco, fica a ideia de que o TEDH *escolhe* os critérios a aplicar em função da consequência jurídica em análise, transformando aquilo que deveriam ser critérios aptos a *descobrir* ou *identificar* a natureza penal de uma consequência jurídica em critérios meramente *confirmatórios* de uma ideia preconcebida acerca dessa natureza. A aplicação de um critério deve ser absolutizada em relação à norma que contém a consequência jurídica em análise, deve estar desligada de um qualquer referente, deve ser *independente*.

C) A primeira camada

A primeira camada relativa à conclusão final da resposta coincidirá, logicamente, com a conclusão final do silogismo operado, já que nela se expõe única e automaticamente o resultado da aplicação do critério de identidade. Esta automaticidade da obtenção do resultado torna desnecessário, para estes fins, um tratamento mais aprofundado desta temática. A título de exemplo: a consequência jurídica *x* preenche / não preenche os requisitos do critério aplicado (segunda camada), *logo* tem / não tem natureza penal (primeira camada).

III. O MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA PENAL DE UMA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA: O EFEITO BUMERANGUE E O MÉTODO DE APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS

No ponto anterior a única preocupação foi a de delinear um método para a criação de um critério de identidade. Contudo, e como já anunciado, o méto-

ble, especially in the fields where the administration is more active (production and consumption, public health, taxing, financial markets, etc.).»

do de identificação não se resume à criação desses critérios, já que importa saber como é que se identifica a natureza, ou seja, como é que se utilizam esses critérios.

Partindo-se da premissa de que a natureza penal de uma consequência jurídica só pode ser identificada se antes se conhecer a natureza jurídica da infracção (na criação de uma norma de conduta penal, começa-se pela previsão normativa e pelo elemento deontico²² e só depois, e em função destes elementos, aparece a estatuição normativa), deve o método de apuramento seguir uma trajectória semelhante à de um *bumerangue*: da consequência jurídica conhece-se a natureza jurídica da infracção e desta conhece-se a natureza jurídica da consequência (consequência jurídica ⇒ (natureza da) infracção ⇒ (natureza da) consequência jurídica):



Deste movimento racionalizante resulta a conclusão de que para se identificar a natureza penal de uma consequência jurídica é necessária a aplicação de dois critérios, nesta ordem: *i*) critério de identificação da natureza penal da infracção jurídica; *ii*) critério de identificação da natureza penal da consequência jurídica.

O que daqui se retira é a ideia de que, para se criar um critério de identificação da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica, é necessário, num primeiro momento, edificar um critério de identidade para a natureza penal da infracção, que, neste sentido, será um *pressuposto de aplicação* do critério referente à consequência: para se aplicar este último, é necessário que o primeiro esteja preenchido.

Para completar o método de identificação da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica, restará gizar um método de aplicação para cada um desses critérios, que deverá consistir em decalcar os passos dados na

²² Vd. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionabilidade instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 79, «O operador deontico é (...) o elemento que expressa o sentido deontico da norma jurídica, podendo compreender, por conseguinte, qualquer um dos modos *logicamente* admissíveis: (i) o modo deontico de imposição, (ii) o modo deontico de permissão e (iii) o modo deontico de proibição.»

Sobre a estrutura da norma que é composta por *i*) previsão, *ii*) operador deontico e *iii*) estatuição, *ibidem* pp. 75 e ss.

criação de cada um dos critérios. O conjunto destas duas operações forma o método de identificação da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica. Restará aplicá-lo sobre a concreta consequência jurídica (segunda camada), cuja natureza jurídico-penal se pretende apurar, e, já na primeira camada da resposta, verter a conclusão final: tem natureza penal / não tem natureza penal²³.

²³ É a nossa tese de doutoramento o espaço onde se avança com uma proposta de método de identificação da natureza jurídico-penal das consequências para o ordenamento jurídico português, no cumprimento das ideias que dela fazem parte e que aqui deixámos vislumbrar.

O IMPACTO DO COVID-19 NAS PRISÕES: OS NOVOS (E VELHOS) DESAFIOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS RECLUSOS

KARLA TAYUMI ISHIY

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. INTRODUÇÃO

Diante da situação de pandemia da doença COVID-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 e considerando a maior vulnerabilidade dos reclusos perante os riscos de infeção, bem como as graves consequências que um surto do novo coronavírus em meio prisional pode acarretar para os reclusos e toda a sociedade, o presente trabalho propõe-se a examinar as medidas adotadas em Portugal e noutros Estados para conter a propagação do COVID-19 nas prisões e verificar o impacto dessas medidas na população prisional e para os direitos fundamentais dos reclusos¹, com o objetivo de identificar os *novos* desafios que a questão penitenciária coloca para a reflexão e a elaboração da política penitenciária e política criminal –desafios estes que certamente apresentam as especificidades da atual

¹ Observa-se que o presente trabalho é resultado da comunicação apresentada no I Seminário Internacional de Jovens Penalistas das Secções Espanhola e Portuguesa da AIDP, intitulado «Política Criminal e Dogmática Penal: As Propostas de uma Nova Geração», realizado entre os dias 16 e 17 de julho de 2020, razão pela qual os dados e as estatísticas prisionais apresentados, assim como as informações sobre as medidas adotadas nas prisões no contexto da pandemia, limitam-se a essa data.

situação excecional, mas que não deixam de ser os *velhos* problemas das prisões com uma nova roupagem.

A importância de se evidenciar o impacto do COVID-19 nas prisões surge de uma reflexão de como a pandemia não ataca de forma igualitária todas as pessoas e, na realidade, tem exacerbado as desigualdades sociais de raça, de gênero e de classe². Em situação de privação da liberdade, em que as pessoas reclusas já são pessoas marcadas pela marginalização, todas as condições de extrema vulnerabilidade são multiplicadas e, por isso, também são agravados tanto os riscos de infecção da doença quanto as consequências negativas das medidas de confinamento.

Marta Venceslao Pueyo, em uma entrevista concedida ao Professor Iñaki Rivera Beiras, mencionou como a pandemia está funcionando como uma «lente de aumento» que nos permite ver com extrema clareza as falhas da nossa sociedade atual, as desastrosas consequências do desmantelamento do sistema de saúde, da precarização do mercado de trabalho, das desigualdades sociais e, especialmente, das desigualdades de gênero³. Essa perspectiva também se aplica ao sistema penitenciário: a pandemia evidenciou que até hoje não conseguimos resolver os problemas estruturais básicos das prisões, como a questão da sobrelotação, das más condições de detenção e da precariedade da assistência à saúde dos reclusos.

II. A QUESTÃO PENITENCIÁRIA

No atual contexto em que vivenciamos uma situação de calamidade pública declarada em diversos Estados do mundo, a *questão penitenciária*⁴ coloca alguns desafios para a gestão da crise sanitária ocasionada pelo COVID-19, cujas consequências podem ser potencialmente catastróficas para a sociedade, mas seguramente lesivas aos reclusos e aos seus direitos fundamentais.

² V., por exemplo, o resultado das pesquisas sobre as desigualdades da COVID-19 realizadas pelo Barómetro COVID-19, da Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, em <<https://barometro-covid-19.ensp.unl.pt/opiniao-social-pandemia-aumenta-fosso-das-desigualdades/>> e <<https://barometro-covid-19.ensp.unl.pt/desigualdades-da-covid-19-quando-a-pandemia-nao-e-igual-para-todos/>>.

³ PUEYO, Marta Venceslao. Pandemia y condición femenina. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). Pandemia: Derechos humanos, sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus). Valencia: tirant humanidades, 2020, p. 84-91.

⁴ Referência à obra: RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

O primeiro problema que se coloca no contexto da pandemia é a questão da sobrelotação generalizada dos estabelecimentos prisionais que ganha novos contornos e torna-se o maior obstáculo na prevenção da doença nas prisões, por impossibilitar o cumprimento das medidas de isolamento social recomendadas pelas autoridades de saúde. De acordo com os dados do *World Prison Brief*⁵, dentre os 205 Estados cujos índices de ocupação prisional encontram-se publicados, apenas 80 não apresentam índices gerais de sobrelotação –dentre eles Portugal, com ocupação de 98,2%, e Espanha, com ocupação de 80%–, sendo que 23 Estados tem ocupação acima de 200%, com índices que chegam a 617% de ocupação no Congo, e superam os 450% em países como as Filipinas e o Haiti. Entretanto, mesmo nos países onde os índices gerais de ocupação encontram-se abaixo de 100%, como Portugal e Espanha, muitos estabelecimentos prisionais individualmente considerados encontram-se –*via de regra*– sobrelotados⁶, o que indica que o problema da sobrelotação é ainda mais grave do que as estatísticas gerais demonstram.

Numa situação de sobrelotação, mas não só, os reclusos dividem celas e compartilham espaços comuns, tais como refeitório, pátio, áreas de recreação, salas de atividades que, se não possuem capacidade para abrigar todos numa situação de normalidade, quanto menos numa situação que demanda cuidados especiais de distanciamento. A menos que todos os reclusos sejam mantidos ininterruptamente fechados em suas celas, o que é altamente contestável do ponto de vista dos direitos humanos –e, infelizmente, é o que tem ocorrido em diversas regiões do mundo⁷–, certamente irão compartilhar espaços comuns (o que muitas vezes inclui instalações sanitárias); situação que se torna ainda mais problemática diante da precariedade dos estabelecimentos prisionais, o que nos leva ao segundo problema das prisões especialmente relevante no atual contexto de pandemia: as más condições de detenção.

Na grande maioria dos estabelecimentos prisionais, as estruturas são velhas, inadequadas e sem condições de habitabilidade digna. A inadequada ventilação dos espaços, a não rara ausência de luz solar, a degradação das celas e

⁵ Institute for Criminal Policy Research. World Prison Brief online database: Highest to Lowest - Occupancy level (based on official capacity). Londres: Universidade de Londres, disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level>>, último acesso em 15.07.2020.

⁶ ISHIV, Karla Tayumi. Estatísticas Prisionais Portuguesas 2019, p. 19-21, disponível em: <https://www.fd.uc.pt/idpee/pdfs/bd_2019.pdf>; Ministerio del Interior. La población reclusa en España 2018, disponível em: <<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/la-poblacion-reclusa-en-espana2>>.

⁷ HM Chief Inspector of Prisons. Report on short scrutiny visits to Category C training prisons. Londres: Her Majesty's Inspectorate of Prisons, 5 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.justice-inspectorates.gov.uk/hmiprisons/>>.

instalações sanitárias, somadas à escassez de produtos de limpeza e de higiene, sem esquecer as situações de racionamento de água que ocorrem rotineiramente em algumas prisões do mundo, tornam muito difícil manter a higiene e a salubridade adequadas para evitar a disseminação de doenças contagiosas, especialmente no caso do coronavírus⁸. Apenas para ilustrar a magnitude do problema das precárias condições físicas e estruturais das prisões, observa-se que países europeus como Itália, Hungria, Grécia, Bulgária, Polónia, Rússia, Roménia, Chipre, Bélgica, Moldávia, França, Ucrânia, Eslovénia, Croácia e Portugal, e países latino-americanos como Panamá, Peru, Haiti e Venezuela, já foram condenados, respetivamente, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelas condições de detenção degradantes e desumanas, que violaram a proibição de tortura e maus tratos prevista nas convenções internacionais de direitos humanos (art. 3.º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e art. 5.º, da Convenção Americana de Direitos Humanos)⁹. Somente no ano de 2017, o TEDH reconheceu em 140 decisões a violação do art. 3.º, da CEDH, em consequência das más condições de detenção.¹⁰ A simples leitura dessas decisões oferece um retrato (assustador) das condições em que vivem as pessoas reclusas ao redor do mundo.

Some-se a tudo isso o fato de que a população reclusa apresenta condições de saúde mais debilitada do que a média da população geral e taxas mais elevadas de incidência de doenças infectocontagiosas como a SIDA, tu-

⁸ A literatura internacional sobre as más condições de detenção é extensa (difícil é encontrar referência sobre «boas condições» de detenção), mas apenas para exemplificar, sobre as «condições desumanas» dos estabelecimentos prisionais portugueses, v. caso Petrescu c. Portugal (TEDH), processo n.º 23190/17, j. 03.12.2019; Mecanismo Nacional de Prevenção. Relatório à Assembleia da República 2018. Lisboa: Provedor de Justiça, 2018, p. 31; CPT. Report to the Portuguese Government on the visit to Portugal carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 27 September to 7 October 2016. Strasbourg: Conselho da Europa, 2018, p. 30-32.

⁹ Apenas para exemplificar, v. as seguintes decisões do TEDH: caso Torreggiani e Outros c. Itália, processo n.º 43517/09 *et al*; caso Varga e Outros c. Hungria, processo n.º 14097/12 *et al*; caso Neshkov e Outros c. Bulgária, processos n.º 36925/10 *et al*; caso Peers c. Grécia, processo n.º 28524/95; Orchowski e Sikorski c. Polónia, processo n.º 17885/04; caso Sekretarev e outros c. Rússia, processo n.º 9678/09 *et al*; caso Barbu c. Roménia, processo n.º 60042/13; caso Thuo c. Chipre, processo n.º 3869/09; caso Vasilescu c. Bélgica, processo n.º 64682/12; caso Valentin Bastovoi c. Moldávia, processo 40614/14; caso Canali c. França, processo n.º 40119/09; caso Komarov c. Ucrânia, processo n.º 4772/06; caso Mandic e Jovic c. Eslovénia, processo n.º 5774/10 e 5985/10; caso Mursic c. Croácia, processo n.º 7334/13; caso Petrescu c. Portugal, processo n.º 23190/17. Na CIDH, v. caso Vélez Loor c. Panamá; Pollo Rivera e outros c. Peru; Fleury e outros c. Haiti; Montero Aranguren c. Venezuela.

¹⁰ Na página eletrónica do TEDH, disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>, realizamos o levantamento das decisões proferidas, no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, a partir do filtro «violação do artigo 3.º». Dentre as 298 decisões localizadas sobre o tema, 140 referiam-se às situações em que ficou reconhecida a violação do artigo 3.º, da CEDH, pelas más condições de detenção.

berculose, hepatites, além de piores condições de saúde mental¹¹, o que se torna ainda mais grave diante da precariedade dos cuidados de saúde nas prisões, tanto pela carência de profissionais e de equipamentos, quanto pela escassez de recursos e insuficiência de meios para deslocamento dos reclusos aos hospitais e às consultas¹².

Os dados do ano de 2018 sobre a tuberculose na Europa, publicados pelo Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças (ECDC), demonstra que a taxa de incidência da doença entre reclusos no Espaço Económico Europeu (217 a cada 100 mil reclusos) era 22 vezes mais elevada que a incidência na generalidade da população (9,8 a cada 100 mil habitantes), com um risco relativo nas prisões de 14,7. Já entre os países do Conselho da Europa, a taxa entre reclusos (749 a cada 100 mil reclusos) era 30 vezes mais elevada do que na população geral (24,5 a cada 100 mil habitantes), com um risco relativo de 22,1. Em Portugal, a situação não era diferente, a taxa de incidência nas prisões (349 a cada 100 mil reclusos) era 17 vezes maior do que a taxa na população geral (20,5 a cada 100 mil habitantes) e o risco relativo era de 17¹³. Situação que se repete ao longo dos anos¹⁴.

De acordo com um estudo que analisou diferentes pesquisas publicadas sobre a incidência de VIH, HCV, HBV e tuberculose entre os reclusos, em 196 países, entre os anos de 2005 e 2015, estima-se que dentre as 10,2 milhões de pessoas que se encontravam presas no ano de 2013, 3,8% eram portadoras de VIH, 15,1% estavam infectadas com HCV, 4,8% com HBV e 2,8% com tuberculose. De modo geral, em comparação com a média da população, a incidência de todas as doenças infectocontagiosas demonstrou-se substancialmente mais elevada nas prisões de todo o mundo, com índices de incidência de VIH até 20 vezes maior entre a população reclusa¹⁵.

¹¹ ECDC. Systematic review on hepatitis B and C prevalence in the EU/EEA. Estocolmo: ECDC, 2016; European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. Prisons and Drugs in Europe: The problem and responses. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2012; N. M. MARQUES. Seroepidemiological survey of transmissible infectious diseases in a portuguese prison establishment. *Braz J Infect Dis*, 15 (3), mai-jun. 2011, p. 272-275; ANA MACHADO *et al.* ADHD among offenders: Prevalence and relationship with psychopathic traits. *Journal of Attention Disorders*, Sage, 2017; IACOPO BAUSSANO *et al.* Tuberculosis incidence in prisons: A systematic review. *PLoS Med*, 7 (12), dez. 2010.

¹² Em Portugal, a insuficiência na prestação de cuidados médicos nos estabelecimentos prisionais está documentada, dentre outros relatórios, em: MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO. Relatório à Assembleia da República 2018, *op. cit.*, p. 32.

¹³ ECDC; Who/Europe. Tuberculosis surveillance and monitoring in Europe 2020 - 2018 data. Estocolmo: ECDC, 2020.

¹⁴ ECDC; Who/Europe. Tuberculosis surveillance and monitoring in Europe 2017. Estocolmo: ECDC, 2017. Para dados de Portugal: Direção-Geral da Saúde. Portugal: Infecção por VIH, SIDA e tuberculose em números – 2015. Lisboa: Direção-Geral da Saúde, 2015; Direção-Geral da Saúde. A saúde dos portugueses 2016. Lisboa: Direção-Geral da Saúde, 2017.

¹⁵ DOLAN, Kate *et al.* Global burden of HIV, viral hepatitis, and tuberculosis in prisoners and detainees. *Lancet*, volume 388, 2016, pp. 1089-1102.

As pesquisas indicam, ainda, que a incidência de patologias psiquiátricas também é mais elevada entre reclusos, o que tanto pode ser a causa do aprisionamento como a consequência das más condições de detenção¹⁶. Um estudo baseado em 62 pesquisas realizadas em 12 países, que considerou um universo de 22.790 reclusos (18.530 homens e 4.260 mulheres), concluiu que a prevalência de transtornos de personalidade é 10 vezes mais elevada na população reclusa e ainda mais elevada em casos de psicoses e depressão¹⁷. Além disso, há maior prevalência de problemas de saúde sexual, violência física e sexual, automutilações e suicídio¹⁸, bem como menor esperança de vida¹⁹, tudo a indicar que o cárcere continua a ser *um lugar de contágio, de difusão de doenças que, nas diversas contingências históricas agride os mais indefesos*²⁰.

III. O IMPACTO DO COVID-19 NAS PRISÕES

Diante desse contexto de sobrelotação generalizada, más condições de detenção e estado de saúde debilitado dos reclusos, diversas organizações nacionais e internacionais alertaram para o elevado risco de uma epidemia em contexto prisional e provável insuficiência na prestação dos serviços de saúde nos casos de doença, e emitiram recomendações e princípios relacionados às medidas de prevenção e controlo do COVID-19 nas prisões e relativas ao tratamento das pessoas privadas de liberdade no contexto da pandemia²¹. Desta-

¹⁶ JACOBSON, Jessica; HEARD, Catherine; FAIR, Helen. Prison: Evidence of its use and over-use from around the world. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2017, p. 30-31; CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone; PINTO, Liana. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do Estado do Rio de Janeiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21 (7): 2089-2099, 2016; CHANG, Zheng et al. Psychiatric disorders and violent reoffending: a national cohort study of convicted prisoners in Sweden. *Lancet*, volume 2, 2015, p. 891-900.

¹⁷ FAZEL, Seena; DANESH, John. Serious mental disorder in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys. *Lancet*, volume 359, 2002, pp. 545-50.

¹⁸ Os índices de suicídio nas prisões são elevados em toda a Europa. No ano de 2018, a taxa de suicídio entre os reclusos, em Portugal, foi 9 vezes superior à taxa de suicídio na população geral (ISHIY, Karla Tayumi. Relatório sobre a população reclusa em Portugal de 2019. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 30, n.º 1, 2020, p. 202).

¹⁹ Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Sumário executivo: Inquérito Nacional sobre Comportamentos Aditivos em Meio Prisional. Lisboa: SICAD, 2014, p. 14.

²⁰ GALLO, Ermano; RUGGIERO, Vicenzo. Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di handicap. Torino: Edizione Sonda, 1989, p. 7.

²¹ A Alta Comissária para os Direitos Humanos das Nações Unidas, em 25 de março, aconselhou os Estados a adotar medidas urgentes nas prisões, analisando formas de libertar os reclusos, especialmente os mais vulneráveis. No âmbito nacional, em 26 de março, a Provedoria de Justiça dirigiu ao Ministério da Justiça, a Recomendação n.º 4/B/2020, sugerindo a criação de um regime extraordinário de concessão de licença de saída. Dentre os documentos publicados com orientações e recomendações para o tratamento de reclusos no contexto da pandemia de COVID-19, destacam-se: INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE.

cam-se as recomendações para a adoção de medidas para libertar reclusos, especialmente os mais vulneráveis e os condenados por crimes de menor gravidade; a compensação da restrição de visitas com meios alternativos de comunicação; a manutenção do contato com advogados e médicos, bem como do acesso das entidades de monitoramento das prisões; a disponibilização de exames e testes de rastreamento da doença na entrada e saída de reclusos. Para além das medidas especificamente relevantes nesse contexto, chama a atenção o fato de que algumas recomendações se referem a deveres básicos do Estado (como «fornecer sabão e absorvente feminino»), o que de certa forma revela um habitual desrespeito generalizado aos direitos fundamentais dos reclusos²².

Em resposta à situação emergencial e na esteira das recomendações internacionais, os Estados adotaram medidas excepcionais, dentre as quais destacam-se as medidas para libertação de reclusos, a suspensão das visitas, das transferências e das saídas e a paralisação das atividades não essenciais²³.

Com relação às libertações, os países optaram por diferentes medidas para aliviar o problema da sobrelotação. Em Portugal, por exemplo, para além da adoção de medidas administrativas de suspensão das visitas e das transferências²⁴ e do parecer do Conselho Consultivo da PGR no sentido da suspensão da emissão de novos mandados de prisão e da suspensão da execução dos mandados de captura já emitidos²⁵, por meio da Lei n.º 9/2020, de 10 de abril,

Interim Guidance - COVID-19: Focus on persons deprived of their liberty, março de 2020; WHO/Europe. Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention, 2020; CPT. Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease COVID-19 pandemic, CPT/Inf(2020)13, de 20 de março de 2020; PENAL REFORM INTERNATIONAL, Coronavirus: Healthcare and human rights of people in prison, de 16 de março de 2020.

²² V. por exemplo, algumas recomendações como «adotar todas as medidas possíveis para proteger a saúde e a segurança das pessoas privadas de liberdade» (CPT, Statement of principles, *op. cit.*, n. 1); «qualquer medida restritiva para prevenir o contágio de COVID-19 deve ter base legal, ser necessária, ser proporcional, respeitar a dignidade da pessoa humana» (*idem*, n. 4); «garantir o mesmo padrão de cuidados de saúde disponível para a comunidade geral» (Inter-Agency Standing Committee, *op. cit.*, p. 4); «assegurar produtos de higiene pessoal, tal como sabão e antisséptico, bem como absorventes para mulheres» (*idem*, p. 4).

²³ Sobre as medidas adotadas no âmbito da Europa e no mundo, v. European Prison Observatory. COVID-19: What is happening in european prisons?, disponível em: <<http://www.prisonobservatory.org/>>; Association for the Prevention of Torture (APT). COVID-19 and persons deprived of liberty information hub, disponível em: <https://www.apt.ch/en/news_on_prevention/covid-19-and-persons-deprived-liberty-information-hub-and-collaborative-platform>; Departamento Penitenciário Nacional. Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais, disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>>.

²⁴ Disponível em: <<https://justica.gov.pt/COVID-19-Medidas-adotadas-na-Justica>>.

²⁵ Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Parecer n.º 10/2020, relativo à matéria da suspensão dos prazos e perdão de penas no contexto do estado de emergência, disponível em <<http://www.ministeriopublico.pt/pagina/parecer-sobre-suspensao-de-prazos-e-perdao-de-penas>>. Sobre o referido parecer, v. BRANDÃO, Nuno. Prazos e perdão de penas: Parecer n.º 10/2020 do Conselho Consultivo da PGR. *Iter Criminis*, 2 de maio de 2020, disponível em <<https://itercriminis.blog/>>.

que estabeleceu o regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, foi concedido o perdão judicial da pena de prisão para cerca de 1.300 reclusos; o Presidente da República concedeu 14 indultos e a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais concedeu cerca de 700 autorizações de Licença de Saída Administrativa Extraordinária. Estima-se que aproximadamente 2.000 reclusos foram libertados ao abrigo da Lei n.º 9/2020²⁶ e, segundo as estatísticas prisionais da DGRSP, verifica-se que, entre 1.º de abril e 15 de maio de 2020, contabilizando entradas e saídas de reclusos, houve uma diminuição total de 1.556 pessoas privadas de liberdade, passando de 12.553 reclusos para 10.997, a menor população prisional e a menor taxa de ocupação (85%) em Portugal dos últimos 10 anos²⁷.

Portugal foi um dos poucos países que optou por medidas de graça e, apesar da iniciativa legislativa ter sido louvada, há quem tenha observado que as medidas podem ter ido além do estritamente necessário, uma vez que o direito de graça pode não ser a melhor forma de reduzir a população prisional²⁸.

Em alguns países europeus como a Espanha e a França, os reclusos libertados em razão da pandemia passaram a cumprir pena domiciliar com vigilância eletrónica²⁹. Já em alguns estados federais da Alemanha e na Áustria, por exemplo, muitos reclusos tiveram a execução da pena de prisão suspensa³⁰. Além das solturas, em muitos Estados foi ainda determinada a suspensão da execução dos mandados de prisão, o que traz o risco de, no final da pandemia, quando forem revogadas as medidas de suspensão da execução da pena de prisão em estabelecimento prisional e forem retomadas as execuções e expe-

²⁶ Conselho Superior da Magistratura, Notas de Imprensa: Tribunais de Execução de Penas - Lei n.º 9/2020, disponíveis na página eletrónica do Conselho Superior da Magistratura <<https://www.csm.org.pt>>; Decretos do Presidente da República ns.º 20-B/2020, 20-C/2020, 20-D/2020, 20-E/2020 20-F/2020, 20-G/2020, 20-H/2020, 20-I/2020, 20-J/2020, 20-K/2020, 20-L/2020, 20-M/2020, 20-N/2020, 20-O/2020, todos de 27 de abril de 2020. Os números são provisórios e não são precisos, já que os meios de comunicação social anunciam diferentes estatísticas, a exemplo do PÚBLICO que noticiou 2.475 solturas, das quais, 1.222 libertados por perdão e 1.253 beneficiados com licença de saída administrativa (<https://www.publico.pt/2020/05/10/sociedade/reportagem/estao-abrigo-pessoas-sairam-pri-sao-1915791>, em 10 de maio), enquanto o EXPRESSO noticiou 1.914 solturas, 1.222 libertados ao abrigo do perdão e 692 com licença administrativa extraordinária (<https://expresso.pt/sociedade/2020-05-08-Covid-19-Portugal-continua-a-nao-ter-reclusos-infetados-nas-prisoas>, em 8 de maio), e o Jornal de Notícias contabilizou a soltura de 2.031 reclusos, 1.314 pelo perdão e 703 licenças extraordinárias (https://www.jn.pt/justica/taxa-de-crime-dos-presos-libertados-devido-a-pandemia-foi-quase-nula-12545806.html?target=conteudo_fechado)

²⁷ Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, *Estatísticas Quinzenais*, 2020, disponível em: <<http://dgrsp.justica.gov.pt>>; ISHIY, Karla Tayumi. *Relatório*, op. cit., p. 178.

²⁸ Nesse sentido, BRANDÃO, Nuno. A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/04. *Julgar online*, abril de 2020, disponível em: <<http://julgar.pt>>.

²⁹ European Prison Observatory, op. cit.

³⁰ *Idem*

dições de mandados de prisão, ocorrer um impacto ainda maior no sistema prisional, agravando o problema da sobrelotação.

No Conselho da Europa, 20 Estados-Membros comunicaram a adoção de medidas emergenciais de libertação de reclusos como medida preventiva para reduzir a propagação do vírus³¹. No total, até meados do mês de maio, quase 140 mil reclusos tinham sido libertados em toda a Europa, a maior parte na Turquia, onde 102 mil reclusos foram soltos, praticamente um terço da sua população reclusa (35,3%). A França foi o segundo país que, proporcionalmente, mais libertou reclusos (14 mil reclusos, 20% da população prisional), seguida pelo Chipre (15,9%), Eslovénia (15,9%), Portugal (15,9%) e Mónaco (15,4%). Em Espanha, onde foram comunicadas um total de 4.356 libertações, o que representa 7,4% da sua população prisional, as medidas foram mais amplas na Administração da Catalunha, onde 17% da sua população reclusa foi libertada, do que na Administração Central, onde somente 5,8% dos reclusos foram soltos³².

Ainda no Conselho da Europa, embora apenas 20 países tenham comunicado a adoção de medidas de libertação de reclusos, a diminuição da população prisional ocorreu em mais de 30 países. Entre 1.º de janeiro e 15 de abril, as alterações percentuais da população reclusa variaram entre -0,4% na Roménia e -0,6% na República Checa até -100% em San Marino, -38,5% em Mónaco e -25% na Islândia. Em Portugal, a variação foi de -12,4%, enquanto em Espanha, foi de -1,4%. Já a Grécia e a Suécia foram os dois únicos países que apresentaram um crescimento relevante (acima de 3%) da população reclusa, com um aumento de 3,7% e 4,2%, respetivamente.³³

Tal mudança nas estatísticas prisionais sugere algumas possíveis interpretações.

Em primeiro lugar, a paralisação dos tribunais em alguns Estados pode ter influenciado na variação da população reclusa –na Escócia, por exemplo, esta situação foi especificamente referida como uma das principais causas da diminuição de reclusos³⁴. Por outro lado, as medidas de confinamento social tiveram um papel decisivo nesse contexto. Nota-se que a Suécia foi o único estado que, no período analisado, não adotou nenhuma medida de confinamento social e o que apresentou maior aumento da população reclusa; seguida da Grécia que,

³¹ AEBI, Marcelo F.; TIAGO, Mélanie M. Prisons and prisoners in Europe in pandemic times: An evaluation of the short-term impact of the COVID-19 on prison populations. Strasbourg, Lausanne: Conselho da Europa, 18 de junho 2020.

³² Com exceção dos dados de Portugal, cujas fontes são nacionais (v. nota 26) e da França (cujos dados mais atuais foram extraídos de European Prison Observatory, *op. cit.*) todos os demais dados foram extraídos de: AEBI, Marcelo F.; TIAGO, Mélanie M., *op. cit.*

³³ AEBI, Marcelo F.; TIAGO, Mélanie M., *op. cit.*

³⁴ *Idem.*

além da adoção tardia de medidas de confinamento não adotou medidas de libertação de reclusos –política que foi qualificada como «política do esperar para ver»³⁵. Numa situação em que milhões de pessoas estão submetidas à determinação (ou recomendação) de confinamento social, obrigadas a permanecer em seu domicílio ou, pelo menos, com o direito de locomoção restringido, certamente menos pessoas estão expostas a riscos e conflitos sociais públicos, os estabelecimentos comerciais estão fechados, as empresas funcionam remotamente e, por isso, é possível e provável que tenham diminuído a quantidade de prisões por «crimes de rua», como o furto, o roubo, ou mesmo por crimes de trânsito, já que são crimes que, na maior parte das vezes, ocorrem no espaço de vida pública, temporariamente suspensa. Tal situação não exclui, entretanto, a possibilidade de terem aumentado os riscos de crimes informáticos e de crimes que ocorrem na vida privada, como a violência doméstica, o abuso de crianças, etc., uma vez que o confinamento intensifica a vulnerabilidade das pessoas expostas a esse tipo de violência e pode propiciar a sua ocorrência.

Ao redor do mundo, no período de março a maio, foram anunciadas cerca de 580.000 libertações de reclusos em razão da pandemia, em 80 países, o que representa cerca de 5% da população reclusa mundial³⁶. No entanto, tais medidas ainda são consideradas insuficientes pelas organizações de direitos humanos, como a Human Rights Watch, especialmente diante da grave situação penitenciária da América Latina e da Ásia, em que as libertações não tem resolvido (nem de longe) o problema da sobrelotação excessiva³⁷.

Com relação aos dados sobre contaminação, até meados de julho, foram registados cerca de 88 mil casos positivos de COVID-19 entre reclusos, que se concentram principalmente nos Estados Unidos da América, com 67 mil casos³⁸. Em Espanha, segundo uma análise epidemiológica realizada em 27 de abril pela Subdireção Geral de Coordenação da Saúde Penitenciária, a taxa de infecção dos reclusos (1,08 a cada 1.000 reclusos) era até então 4 vezes menor do que entre a população geral (4,3 a cada mil habitantes)³⁹ e a taxa de mortalidade 10 vezes menor. Os índices de infecção nas prisões, de um modo geral, revelam-se, por ora, menores do que na população geral, mas não se sabe se

³⁵ European Prison Observatory, *op. cit.*

³⁶ Human Rights Watch. Announced releases of detainees in the justice system due to COVID-19. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2020/05/announced_releases_detainees_covid19_1.pdf>.

³⁷ Human Rights Watch. COVID-19 prisoner releases too few, too slow. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2020/05/27/covid-19-prisoner-releases-too-few-too-slow>>.

³⁸ Departamento Penitenciário Nacional, *op. cit.* Último acesso em 15 de julho de 2020.

³⁹ Informação disponível em <http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11805743>.

esses dados não resultam da subnotificação de casos e da ausência de testes entre os reclusos⁴⁰. Mas, se o impacto da doença e da contaminação entre reclusos ainda é incerto, a realidade é que o maior impacto que a pandemia trouxe para os reclusos foi a intensificação do isolamento.

Em praticamente todos os Estados da Europa e, possivelmente, na maior parte do mundo, as visitas nos estabelecimentos prisionais foram suspensas, assim como as saídas, as atividades recreativas, laborais, educacionais, religiosas e assistenciais, havendo ainda o fechamento das áreas recreativas destinadas aos reclusos e às crianças que vivem nas prisões com as suas mães⁴¹. Por outro lado, o tempo de confinamento nas celas aumentou sensivelmente, o que repercutiu, em algumas situações, em isolamento de quase 24 horas na cela, sem atividades ou contactos sociais. Tal situação fomentou protestos e rebeliões em prisões ao redor do mundo (como na Itália, Grécia, Venezuela, Peru, Brasil, etc.), sendo que um estudo refere que mais de 40% dos protestos ocorridos na América Latina nesse período de pandemia resultaram em mortes de detentos⁴². Com a intensificação do isolamento, a já vulnerável condição de saúde mental dos reclusos deteriorou-se e a taxa de incidência de suicídio nas prisões pode se tornar ainda mais elevada do que já é: no Reino Unido, só entre o mês de março e maio, foram registados 16 casos de suicídios em prisões, sendo que 5 deles ocorreram num período de 6 dias, no mês de maio⁴³. Do outro lado da moeda da violência institucional, também se observa que, inevitavelmente, o isolamento terá como consequência o aumento da violência entre os reclusos e o maior risco de serem vítimas de maus-tratos e tortura –tanto pelo stress e tensão ocasionados pela pandemia, quanto pela redução das atividades dos mecanismos de fiscalização e monitoramento causada pelo confinamento e pelas restrições de deslocamento.

IV. REFLEXÕES

Diante desse cenário de grave violência institucional, em que as más condições de detenção (que já estão muito aquém do mínimo) e as restrições de

⁴⁰ Sobre os casos de infecção de COVID-19 nas prisões, v. European Prison Observatory, *op. cit.*; Associação para Prevenção de Tortura, COVID-19 and persons deprived of liberty information hub, *op. cit.*; Departamento Penitenciário Nacional, *op. cit.*

⁴¹ European Prison Observatory, *op. cit.*

⁴² Sociedad de Criminología Latinoamericana; Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia. Os efeitos do coronavírus nas prisões da América Latina, junho 2020, p. 19.

⁴³ Caso noticiado na imprensa internacional. À título de exemplo, v. publicação do The Guardian, disponível em: «<https://www.theguardian.com/society/2020/may/28/alarm-over-five-suicides-in-six-days-at-prisons-in-england-and-wales>».

direitos fundamentais dos reclusos são agravadas, não se questiona a legitimidade das medidas de isolamento, já que as restrições estão presumivelmente justificadas para a proteção de um bem maior –a saúde e a vida–; mas questiona-se a legitimidade da própria pena de prisão, já que nessas circunstâncias o custo social de se manter a prisão tornou-se demasiadamente alto.

De um lado, na ausência de medidas de prevenção e controlo, a proliferação do COVID-19 nas prisões pode ocorrer com mais rapidez e com uma taxa de mortalidade mais alta do que na comunidade em geral, podendo representar uma grave violação aos direitos fundamentais dos reclusos. De outro, as medidas restritivas, ainda quando justificadas, representam a privação de outros direitos fundamentais (e a acentuação das restrições já existentes) para além daqueles naturalmente suprimidos pela pena de prisão. Portanto, seja pela eventual proliferação da doença nas prisões, seja pelas medidas restritivas adotadas para a prevenção, os direitos fundamentais dos reclusos são afetados de forma crucial, numa intensidade ainda mais acentuada do que em tempos de relativa estabilidade.

Assim, admitindo-se à partida que as medidas restritivas (quando necessárias e proporcionais) estão justificadas pela situação excepcional de saúde pública, pergunta-se se sob a perspetiva da dignidade da pessoa humana justifica-se a manutenção da pena de prisão nessas circunstâncias, em quais hipóteses e por quanto tempo. Em outras palavras, sugere-se que a balança do princípio da proporcionalidade na aplicação e execução da pena de prisão estremeceu e, a depender da intensidade das restrições adotadas e do tempo que perdurarem, uma pena de prisão que poderia ser considerada legítima em tempos de normalidade pode deixar de ser –e, nesse caso, a libertação de pessoas condenadas por crimes de menor gravidade, por exemplo, pode não mais se encontrar justificada somente para controlo da pandemia, mas pela desproporcionalidade da pena de prisão. Assim, considerando que é praticamente inquestionável a necessidade da adoção de medidas de controlo e prevenção da doença COVID-19 no contexto prisional, será que a pena de prisão ainda se justifica para todos os crimes e circunstâncias em que se justificava no período pré-pandemia? E, ainda, com a suspensão das atividades e dos programas de reinserção social, qual a finalidade da pena de prisão? Estará a pena de prisão cumprindo alguma finalidade?

Ainda que o impacto do COVID-19 nas prisões seja incerto, assim como ainda é incerto o impacto fora delas, o fato incontestável é que os problemas e os desafios que as prisões trazem num contexto de pandemia –especialmente relacionados com a sobrelotação, más condições de detenção, condições de saúde debilitada e precária assistência à saúde– é resultado de uma histórica

violação de direitos humanos e descumprimento das recomendações e tratados internacionais que determinam as «condições mínimas» de reclusão.

Nesse momento, são muitos os chamados para repensarmos a nossa forma de vida em todas as suas dimensões. Rivera Beiras pergunta: «¿En qué tipo de mundo queremos vivir? Si esa tarea es realizada, habrá opciones»⁴⁴. David Fernández Ramos questiona: «¿Aprenderemos algo esta vez?»⁴⁵. E, para Boaventura de Sousa Santos, «O futuro pode começar hoje»⁴⁶. Se a pandemia também pode ter o seu lado positivo, deve ser para incentivar uma reflexão crítica, um novo olhar para a nossa realidade, que nos permita questionar como chegamos aqui e perguntar coletivamente como queremos sair dessa pandemia. Em um Seminário de Jovens Penalista em que se discutem propostas de uma nova geração para o Direito Penal é fundamental repensar o sistema penitenciário e refletir sobre o desencarceramento, sobre novas formas de lidar com a criminalidade sem recorrer à pena de prisão. Não é apenas uma oportunidade de reflexão, mas é um dever social a criação de um plano concreto para resolver o problema dos cárceres, o que necessariamente começa pelo desencarceramento⁴⁷.

Nesse período em que falamos de «nova normalidade», temos que nos perguntar que normalidade? As prisões, como elas eram antes e como ainda são hoje, são normais? Será esta a «normalidade» que queremos retomar?

⁴⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki. El nuevo gran encierro de la modernidad tardía, p. 37. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Pandemia, op. cit.*, p. 19-38.

⁴⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, David. El dilema de Pascal, la tentación de Bentham, la mirada de Polanyi y la maleta de Benjamin, p. 123. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Pandemia, op. cit.*, p. 123-136.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 29.

⁴⁷ Sobre o tema, RIVERA BEIRAS, Iñaki. Descarceración: Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Valencia: tirant lo blanch, 2017.

EPÍLOGO

INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS PENALISTAS ESPAÑOLES

LUIS ARROYO ZAPATERO
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha

Al congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de Pekín en septiembre de 2004 asistimos un buen puñado de españoles. Francisco Muñoz Conde era el capitán de aquel grupo que contaba también con numerosos representantes de Hispanoamérica. Los más de 500 delegados de más de 25 países, que sumaban más de 3.000 miembros, votaron por unanimidad a José Luis de la Cuesta como presidente y sucesor de Cherif Bassiouni. Mientras el nuevo presidente subía las escaleras del estrado lentamente entre abrazos y felicitaciones de quienes le habían tratado incluso desde su época de doctorando y alumno del centro de Siracusa, desde la primera promoción, pasaron por mi cabeza los desvelos y trabajos de nuestros respectivos maestros, Marino Barbero Santos y Antonio Beristáin Ipiña, por llevar a los penalistas de la entonces «España interior» a los foros internacionales, especialmente aquel que había liderado sucesivamente Hans Heinrich Jescheck y Cherif Bassiouni¹. Habíamos vivido los españoles colectivamente lejos de ese mundo, aunque ya

¹ V. mis escritos *Hans Heinrich Jescheck: La forja de un carácter o Alemania explicada a doctos chinos*, ahora en mi *Política Criminal Humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones UCLM, Cuenca 2021, pp. 484 y ss. Y sobre el segundo mi: *Cherif Bassiouni, a resplendent light shining forth upon the future*, en J. L. de la Cuesta, R. Ottenhof/ J.F. Thony, *Cherifs Friends. In Memoriam*, AIDP & ISInstitut, Siracusa 2018, pp. 5 a 9. En español en mi blog.ucl./LuisArroyoZapatero.

nuestra generación de penalistas era la primera tras la de los años 20 a 30 del pasado siglo del siglo XX estaba formada en universidades extranjeras. Pero el principio había sido bien dificultoso.

I. Los primeros españoles que participaron en la vida científica internacional de las ciencias penales fueron Concepción Arenal, Pedro Armengol y Pedro Dorado Montero.

Concepción Arenal (1820-Vigo, 1893) es una personalidad extraordinaria. Se han cumplido 200 años de su nacimiento y le ha hecho justicia Anna Caballé con una excelente biografía², con detenida atención a su obra de visitadora de los presos, inspirada por la virtud de la misericordia cultivada con el estudio que la convierte en persona bien atendida por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, menos el de hacerla miembro. Faltaban 50 años para la primera mujer abogada y las primeras diputadas, Clara Campoamor y Victoria Kent, esta última la segunda penitenciaria.

Tras la participación de Concepción Arenal en el primero de los congresos internacionales penitenciarios su organizador, el norteamericano Enoch Wines, siempre quiso contar en adelante con la única mujer que en el mundo se ocupaba de las cuestiones penitenciarias y aunque no llegó a acudir físicamente a ninguno, pues las mujeres no viajaban en aquel tiempo solas, remitió a todos ellos informes relevantes que hoy disponemos publicados en el volumen de sus obras completas titulado *Estudios Penitenciarios*, así como el monográfico sobre la pena del confinamiento en presidios, que entonces en otras lenguas llamaban relegación, todo ello también disponible en las obras completas *on line* en Cervantes.virtual.com. Llegó incluso a publicar un ensayo de Derecho de gentes.

Pedro Armengol era un penitenciario catalán³ inspirado en lo penitenciario por la misericordia y compasión católica, consejero penitenciario de la Diputación, clamó en favor de construcción de una cárcel Modelo, que termi-

² A. CABALLÉ, *Concepción Arenal. La caminante y su sombra*, Taurus, Barcelona 2018 y la Biblioteca Nacional ha organizado una exposición comisariada por la autora citada y Cristina PEÑAMARTÍN, *La pasión humanista*: con una muy buena web: <https://www.accioncultural.es/es/concepcion-arenal-la-pasion-humanista>.

³ F. BONET ARMENGOL: *Pere Armengol i Cornet, penitenciari català*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1994. P. ARMENGOL, *Necesidad de la Asociación General para la Reforma Penitenciaria en España*, Barcelona, Impr. Peninsular, 1880; - *La cárcel de Barcelona y los sistemas penitenciarios*, Barcelona, Ramírez y Cía., 1877; - *La cárcel Modelo de Madrid y la ciencia penitenciaria*; - *La nueva cárcel de Barcelona*, Memoria, Barcelona, Impr. Jaime Jepús, 1888. Sobre Armengol y sobre la Modelo: S. FUENTES MILÁ, «La prisión modelo de Barcelona como escenario y “ciudad dentro de la ciudad”», en Enric Ciurans y Nuria Peits (eds.) *La dimensió escènica de la ciutat moderna*, Univ. de Barcelona 2017, pp. 221-240.

nó por inaugurarse en 1904. Asistió a los congresos penitenciarios, se carteaba con Concepción Arenal. Promotor de la Cárcel Modelo de Barcelona los arquitectos siguieron sus directrices y además de la fábrica «científica» general diseñaron «sous la coupole» una estructura de cabinas de madera individuales, fruto de la reinterpretación moderna de los coros catedralicios. De este modo, el preso podía escuchar y observar la misa sin abandonar el aislamiento completo. Venía poco a Madrid, quizá ni le llamaban, ni desde luego formaba parte de las delegaciones ministeriales a los mencionados congresos.

Dorado Montero, a pesar de su aislamiento salmantino, participó en algunas actividades internacionales, en concreto en el congreso de Lisboa de la Unión Internacional de Derecho Penal en el año 1897 y en el octavo congreso celebrado en Budapest en 1899. El pasado año 2020 se han publicado dos excelentes libros sobre Dorado de la joven investigadora de la Universidad de Salamanca Laura Pascual, publicados uno por la propia Universidad salmantina y el otro por Tirant, que se distribuye en estos días⁴.

A la altura de 1847, el naturalista Ramón de la Sagra⁵ fue el único español que acude al Congreso de Bruselas y ya entonces el Coronel Montesinos era y reconocido internacionalmente. También viajaron al extranjero Rafael Salillas⁶ y, sobre todo, Fernando Cadalso, quien hizo un viaje notable de dos años a los Estados Unidos, y solían integrar la delegación oficial del Ministerio de Justicia a los congresos penitenciarios⁷.

También debe recordarse el singular personaje de Fructuoso Carpena, joven notario en Albacete que un buen día abandona su lucrativo oficio para abrazar la causa de la antropología criminal y la abolición de la pena de muerte. Baste decir que fue invitado por el ya citado Enoch Wines y presentó en Chicago a don Fructuoso como el «antropólogo más grande que hemos conocido, al Lombroso del siglo xx, al Lombroso español»⁸, obtuvo destinos en

⁴ L. PASCUAL, *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2019; - *Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español. El difícil desafío de humanizar el Derecho penal*. Tirant y Univ. de Salamanca, 2021. L. ARROYO ZAPATERO, *Pedro Dorado Montero, a los cien años de su desaparición*, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, Coord. Gerardo Laveaga, INACIPE y AMCP, México, diciembre 2020, pp. 251 y ss.

⁵ Al que L. GONZÁLEZ GUITIÁN dedicó una buena monografía: *Ramón de la Sagra: utopía y reforma penitenciaria*, Edición do Castro, Sada-A Coruña, 1985.

⁶ M.D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976.

⁷ A. TÉLLEZ, *Cadalso ante el espejo*, Revista de Estudios Penitenciarios n.º 262, 2020, pp. 20 y 21 con detallada exposición del conflicto entre Salillas y Cadalso.

⁸ V. la crónica de M. DE ZÁRRAGA, corresponsal del ABC en Nueva York en 1922 sobre su aparición en la prensa norteamericana, publicada en el diario madrileño, ejemplar del día 13 de octubre de 1922, p. 6. El personaje merece un estudio detenido, con su participación en la Cruz Roja penitenciaria internacional y su campaña en pro de la abolición de la pena de muerte. Una nota biográfica curiosa puede verse en

diversos países. Pisando tierra en el puerto de Barcelona el 15 de abril de 1931 excitó al Gobierno Provisional a abolir la pena de muerte, causa de la que fue gran abanderado.

La primera personalidad bien reconocida internacionalmente fue don Constancio Bernaldo de Quirós, pues sus *Nuevas teorías de la criminalidad*, que merecieron una edición en inglés en la temprana fecha de 1898, junto con un elenco de criminólogos europeos a iniciativa del grupo fundador de Departamento de Derecho comparado de la American Bar Association en el que se integran juristas tan importantes como Roscoe Pound, en la colección *The Modern Criminal Science Series*, y allí aparece junto a Lombroso Don Constancio y sus *Modern Theories of Criminality*, que todavía se imprime y se cita por los criminólogos anglosajones.

Pero el primer penalista que toma gran protagonismo en la vida penal internacional fue Quintiliano Saldaña. Una personalidad y una obra que han quedado fuera del interés de la ciencia española, pero que en su momento fue sumamente original. Apadrinado inicialmente por Francisco Giner es impulsado a la cátedra de Derecho penal en primer lugar en Santiago de Compostela, de donde pasa a Sevilla y estando allí recibe una de las primeras becas de la JAE, y fue a estudiar a Berlín con von Liszt, siendo el primero de los españoles en el *Kriminalwissenschaftliches Institut*. Tras él fueron Federico Castejón y en el año 1914 Jiménez de Asua. Es en verdad en los momentos de constitución de la JAE cuando da comienzo la internacionalización de los juristas españoles. De los 150 becarios de *post-doc* juristas de la JAE la mitad fueron a formarse en Alemania⁹.

Saldaña era un tipo genialoide. Publicaba sus trabajos en francés y en alemán, que él mismo componía. Las versiones al español se las traducía su joven ayudante el penalista multimillonario y asturiano Jaime Masaveu¹⁰. En el año 1924, cuando se recreó la Asociación Internacional de Derecho Penal en

<http://elarchivodelamemoria.com/index.php/poesia/item/don-fructuoso-carpeta-pellicer>. Autor de una *Antropología Criminal* accesible en la red prologada por Rafael Salillas y el propio J.H. Wigmore, presidente del American Institute for Criminal Law and Criminology, Mateu Artes Gráficas, Madrid, con primera edición de 1909 del editor Fernando Fé, muy valorada en *Archives de l'Antropologie Criminelle*, v. 23, pp. 444-447 y con una edición en alemán *Der kriminelle Mensch (Vergleich. Studium an einer Schädelserie)* Berlin Rothacker 1913. Ahora hay una nota valiosa de Fernando de la Torre sobre su biografía en el Diccionario Biográfico de la RAH.

⁹ L. ARROYO ZAPATERO, «Los juristas de la Junta para Ampliación de Estudios», en *Traspasar fronteras: un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*. Coord. por Sandra Rebok, 2010, pp. 267-290 (accesible en blog.uclm/luisarroyozapatero), ahora incluido en *Política Criminal Humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones UCLM, Cuenca 2021, pp. 387 y ss.

¹⁰ Una buena presentación de Saldaña y de sí mismo v. J. MASAVEU: *El profesor Saldaña figura de la ciencia penal*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1967, pp. 401-418.

Bruselas Saldaña participó muy activamente y es nombrado vicepresidente. Su propuesta científica huía del pensamiento sistemático. De von Liszt solamente le había impulsado el enfoque político criminal. Desarrolló lo que llamó *pragmatismo penal*, una orientación cercana a las teorías del realismo jurídico norteamericano o al pensamiento de León Duguit. Pero su mayor problema fue que aceptó el encargo del dictador Primo de Rivera y participó en la elaboración del Código penal de 1928, de tan triste memoria como corta vigencia, pues el Código de la Dictadura fue derogado a la llegada de la República dos años más tarde. Murió tristemente refugiado en una embajada del Madrid en guerra.

En 1946 finaliza el Juicio de Nuremberg. A finales de aquel año, la Asamblea General de la ONU aprueba los principios que llevan el nombre de esa ciudad. Henri Donnedieu de Vabres, fundador de la AIDP y magistrado del Tribunal Militar Internacional, decide en el transcurso del juicio recrear la AIDP. En la misma ciudad, y en el marco de las sesiones de dicho tribunal, convoca una reunión del consejo de dirección, ampliada a otros juristas que coinciden en la ciudad o que invita expresamente para la reunión. El acta está redactada con la precisión propia de los servicios de un tribunal de tales características, asistido por el entonces revolucionario sistema de traducción simultánea, que entusiasmaba a los asistentes al comprobar que, por vez primera, ya no era necesario dominar el francés para trabajar en común. Al leerla, podemos representarnos a la perfección aquel día soleado de una primavera alemana, cuyos rayos hacían refulgir el estremecedor paisaje de ruinas de la ciudad de Nuremberg, y al grupo de personalidades de la ciencia penal europea de entreguerras combinando atuendos civiles y militares. Además de Donnedieu de Vabres, el rumano Vespasiano Pella, secretario general del Buró Internacional para la Unificación del Derecho Penal, creado por la Sociedad de Naciones; Jean Graven, el patriarca del derecho penal suizo; el profesor Rapoport, ya entonces presidente del Tribunal Supremo de Polonia, recién liberado de su largo cautiverio; el entonces joven secretario general de la Asociación, Pierre Bouzat, que todavía no era *le Doyen*.

Poco tiempo después es incorporado al consejo de dirección don Luis Jiménez de Asúa, a quien se le nombra pronto vicepresidente. Hay que celebrar que se ha publicado este año pasado la primera gran biografía de Jiménez de Asúa compuesta por el joven sevillano Enrique Roldán Cañizares¹¹. Asúa participó intensamente en todos los congresos generales de la AIDP, en el de Roma en 1953, en el de Atenas en 1957, en Lisboa 1961 y La Haya 1964. Fa-

¹¹ E. ROLDÁN CAÑIZARES, *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio*, Dickinson, Madrid 2018.

llege como es sabido en 1970. En alguno de esos viajes se desplazaba a Hendaya para poder desde allí ver la tierra de España.

Marc Ancel Y el Conde Gramática no quisieron perder a Jiménez de Asúa y tuvo que aceptar a regañadientes el nombramiento de vicepresidente, a pesar de que manifestó con firmeza su criterio contrario a la existencia de la misma *Société* ni en sus postulados¹².

Durante el tiempo de la dictadura no parece que el grupo español haya tenido actividad. Aunque está por confirmarse que subsistiera. Al parecer, en el expediente académico de José Antón Oneca en la Complutense hay alguna indicación de que fuera presidente del grupo español en el interior. En realidad, el único que salía con propiedad era Antonio Quintano Ripollés¹³.

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

En *la Société*, los españoles de la España de Franco tuvieron mejor posición. Destaquemos como dato curioso la presencia de los primeros penalistas que participaban en un congreso internacional desde la guerra civil y desde la exclusión de España en febrero de 1946 de la Organización de las Naciones Unidas, como Federico Castejón y Pascual Meneu. Digo bien que la presencia resulta curiosa pues, además, como decía el diplomático y escritor falangista Agustín de Foxá: «para nosotros todos los congresos internacionales son eucarísticos, porque en todos nos dan de h...»¹⁴. Es más, dentro de muy poco los

¹² L. JIMÉNEZ DE ASÚA, «La Nueva Defensa Social», en *El Criminalista*, 2.ª serie, tomo V, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, *in fine*, publicada originalmente en 1957.

¹³ A. CUERDA RIEZU, «Antonio Quintano Ripollés, visto por su mujer, su hijo y su discípulo» en *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas* Vol. 2, 2018, pp. 1859-1886

¹⁴ Vid. en G. MORÁN, *El maestro en el erial. Ortega y Gasset y la cultura del franquismo*, Tusquets, Barcelona 1998, p. 223.

trabajos internacionales en materia penal de Naciones Unidas iban a estar protagonizados por españoles del exilio, particularmente Manuel López Rey, fundador de la rama de defensa social de la ONU, a cuya vera llamaría enseguida a Victoria Kent. No es tarea fácil evocar, desde el presente, el espíritu de aquellos tiempos. Era una época sin Internet, ni televisión, ni una prensa internacional con las noticias del día. Cuesta captar el instante, pero se pueden ofrecer unas referencias significativas. Del destino de los penalistas de exilio tras la guerra me he ocupado en México y en Toledo¹⁵. En las Américas, entre el Río Bravo y la Patagonia, internacionalizaron la doctrina penal y penitenciaria española: Mariano Ruiz Funes en México y en el Caribe, Luis Jiménez de Asúa en Argentina y todo el continente.

II. En todo caso, al comienzo de la transición y a partir de la primera reunión general de catedráticos y agregados de Derecho penal que convocó Marino Barbero Santos en Valladolid se organizó el grupo español de la AIDP y como tal se organiza el congreso que se celebra en Madrid y Plasencia con éxito bien conocido¹⁶. A la presencia de Jescheck¹⁷, en ese momento presidente de la AIDP, se suma Giuliano Vassalli, quien por razones políticas y familiares no había querido vivir visitar España en vida de Franco. Las actas que se publicaron en un número ordinario de la revista en español, el único en la historia y el último, porque ahora ya se publican todos en inglés. Don Marino dio una batalla épica porque el número fuera ordinario y en español, como homenaje y reconocimiento a todo el mundo hispanoamericano. El volumen da cuenta de la importancia de los trabajos en el marco de los cuales se presentó el anteproyecto del Código penal de 1980 por el entonces ministro de Justicia Landelino Lavilla que ha fallecido en estos días.

Don Marino Barbero fue presidente hasta su fallecimiento en el año 2001 y a continuación fue elegido presidente Luis Arroyo Zapatero. Le siguió José Luis González Cussac y en 2005 un cualificado miembro del grupo español es

¹⁵ *México, balsa de piedra de las Ciencias penales liberales*, ahora incluido en *Política Criminal Humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones UCLM, Cuenca 2021, pp. 331 y ss. Y editado con Sergio García Ramírez, Javier Díaz Revorio y Fernando Serrano Migallón y Angel Luis López Villaverde, *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, Tirant, Valencia 2019; y *El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social, 1949-2009*, ahora en el mismo libro de mi autoría antes citado, pp. 75 y ss.

¹⁶ *Politique Criminelle et Droit Pénal*, Primer Colloque Régional Espagnol, Madrid y Plasencia, *Revue Internationale de Droit Pénal*, número ordinario 49 1978, vol. 1.

¹⁷ L. ARROYO ZAPATERO; Hans-Heinrich Jescheck: Die Bildung eines Charakters, en U. Sieber (Hrsg.) *Strafrecht in einer globalen Welt*, Dunker & Humblot, Berlin 2016, pp.108-115 y *Brücken mit Spanien* en la misma obra, pp.121-127, versión en español se encuentra en *Política Criminal Humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones UCLM, Cuenca 2021.

nombrado presidente mundial de la AIDP, José Luis de la Cuesta. Se celebraron congresos preparatorios, como el de La Coruña y nacionales como lo de Almagro y el bien grande de Albacete en 1988. Se hizo cargo después Juan Carlos Ferré, cuya presidencia seguramente fue atropellada por la crisis. En 2019 volvió a recuperarse la actividad y fue elegido presidente Adán Nieto. El grupo español ha estado bien presente en todos los congresos anteriores y por supuesto en el último, el de Roma, el pasado mes de diciembre en el que intervino hasta el papa Francisco. Es la hora de una tercera generación.

LUIS ARROYO ZAPATERO
*Vicepresidente de la AIDP y presidente de la Société Internationale
de Défense Sociale*

La Asociación Internacional de Derecho Penal (A.I.D.P.) fue fundada en París el 14 de marzo de 1924. Fue el resultado de una reorganización de la Unión Internacional de Derecho Penal (U.I.D.P.), fundada en Viena en 1889 por tres eminentes penalistas: Franz Von Liszt, Gérard Van Hamel y Adolphe Prins, que se disolvió al terminar la primera guerra mundial. La A.I.D.P. constituye la más antigua organización mundial que reúne especialistas de las ciencias penales y una de las sociedades culturales más antiguas del mundo. La A.I.D.P. ha adquirido en sus ámbitos de competencia un estatus especial entre las otras organizaciones y entre la doctrina, los expertos, las autoridades gubernamentales y los profesionales. Estos ámbitos son: 1) La política criminal y la codificación del Derecho penal, 2) El Derecho penal comparado, 3) El Derecho penal internacional (especialmente la justicia penal internacional) y 4) Los Derechos humanos en la administración de justicia penal.

Esta publicación recoge las actas de la reunión que las Secciones portuguesa y española de la Asociación celebraron en Cádiz los días 16 y 17 de Julio de 2020. Sus trabajos se han centrado en los mencionados ámbitos de la AIDP. Las conclusiones expuestas en este libro responden a la creencia de que una política criminal democrática no sólo se construye a partir de los trabajos parlamentarios, ni mediante la elaboración de los proyectos legislativos. También requiere contar con la voz de expertos que, en la península ibérica, aspiran a que España y Portugal no respondan a la metáfora de la balsa de piedra y, como ocurre en la novela de Saramago, se convierta en una isla que navegue sola, desprendida de Europa.

