

Recensiones:

Recensión a Nicola LACEY, *Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada* (edición de Alejandro Chehtman e Íñigo Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, 340 páginas, por CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Recensión a Laurens LAVRYSEN/Natasa MAVRONICOLA (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford etc., 2020, 307 páginas, por Lucía MARTÍNEZ GARAY

Recensión a Clara MOYA GUILLEM (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas, por Adrián GÓMEZ CONESA

Recensión a Ramon RAGUÉS I VALLÈS, *La prisión provisional como ultima ratio*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas, por Rolando MÁRQUEZ CISNEROS

-

Nicola Lacey, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada, (edición de Alejandro Chehtman e Iñigo Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, 340 páginas

Carlos Pérez del Valle
 Universidad Abat Oliba CEU-CEU Universities
 perezdelvalle@ceu.es

-

En el debate sobre los fundamentos del derecho penal, pero también de algunos de sus conceptos esenciales, es creciente el interés por la discusión en el mundo anglosajón de la doctrina española, asentada sobre las bases de su relación con la alemana. No es frecuente, sin embargo, una integración en el debate –lo que podría denominarse un «debate comparado»– que supere ciertas barreras conceptuales o, en ocasiones, puramente terminológicas. Para esto es esencial la difusión de las ideas de personas de referencia en el derecho penal de lengua inglesa, como es el caso de Nicola LACEY. Esta es la razón por la que promover esta publicación es un pleno acierto de los editores (Alejandro CHEHTMAN e Iñigo ORTIZ DE URBINA), y –este olvido es una injusticia frecuente, incluso cuando se valoran méritos académicos– de los traductores (María Victoria KRISTAN, Julieta RÁBANOS, Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO, Héctor GARCÍA DE LA TORRE, de nuevo Iñigo ORTIZ DE URBINA, Vicente VALIENTE IVÁÑEZ y Gustavo BEADE). Como son nada menos que diez estudios los que contiene el volumen, haré una referencia separada a cada uno de ellos para, posteriormente, efectuar una valoración de conjunto.

El primer estudio ya indica en su título («En búsqueda del sujeto responsable: historia, filosofía y ciencias sociales en la teoría del derecho penal») que su objetivo es fundamentalmente señalar las premisas metodológicas de la autora: «construir un diálogo entre la teoría del Derecho penal de carácter doctrinal y filosófico y los estudios socio-históricos de la justicia penal» (p. 24). Subraya el relieve que ha adquirido, en una doctrina penal en manos de sociólogos y filósofos –se refiere a la doctrina de lengua inglesa– la discusión sobre el contenido y los límites, el «principio de responsabilidad» y el acento sobre un «estado mental subjetivo» (p. 28). No pasa por alto ni la «crítica interna» o las perspectivas sociológicas (pp. 29-30), pero se centra en el examen del enfoque histórico. Precisamente en este punto intenta romper la idea de que la modernidad sólo apunta a la idea del ciudadano como agente racional y autónomo como sujeto de la responsabilidad (pp. 32-33) que lleva al predominio de la parte general (pp. 34-35). A partir de lectura de BLACKSTONE (1760), STEPHEN (1880) y WILLIAMS (1953), llega a la conclusión de que, como tal, sólo en Williams es preeminente la parte general. La explicación de que BLACKSTONE o STEPHEN no se movían en nuestro esquema de responsabilidad, sino –en palabras de FLETCHER– en la «criminalidad manifiesta» (p. 37) se confirma en el estudio de dos visiones modernas, muy distintas, pero con una clara fundamentación histórica: lo que denomina «el cuento del historiador cultural» de WIENER, (pp. 43-44); y el «cuento del historiador jurídico» de SMITH (pp. 45-46). Las implicaciones para la teoría del derecho penal son metodológicas (ante todo, en la base del estudio histórico), como se ve con claridad, pero repercuten conceptualmente en las formas de responsabilidad, y en la evolución del *mens rea*.

En el segundo ensayo («La historización de la criminalización: problemas conceptuales y empíricos»), tras reconocer el mérito de HART en el desarrollo teórico de los «principios generales», LACEY muestra lo que, a su juicio, supone una carencia esencial: la teorización de la Parte especial como un todo, que es lo que caracteriza como criminalización, y cuyo aspecto esencial es, en palabras de Leo KATZ, la distinción entre «la maldad criminal y no criminal» (p. 54). Sobre todo, la idea de sobrecriminalización de HUSAK, pero también la tesis de la «cultura del control» de GARLAND constituyen un «renacimiento» de la criminalización «como objeto de interés teórico», pero carecemos de la base teórica que sólo proporcionaría «una agenda multidisciplinar (...) informada por los métodos y perspectivas de la historia, la ciencia política y la sociología, como por los del Derecho, la criminología y la filosofía analítica» (pp. 56-60). Un diagrama en el que diferencia «la criminalización como patrón o como resultado» y la «criminalización como práctica social», con la distinción en cada una de ellas de lo formal y lo sustantivo (p. 61) es el punto de partida del estudio de patrones y prácticas en una perspectiva normativa (pp. 67 ss.) y patrones y prácticas en una perspectiva socio-histórica (pp. 70 ss.). La cuestión planteada era metodológica, y metodológica es la respuesta: «necesitaremos tanto un consenso sobre las herramientas conceptuales a utilizar, como una comprensión histórica más profunda de cómo nuestros entes políticos han llegado a la actual forma y extensión de la criminalización» (p. 82).

«¿A qué llamamos derecho penal?», que es el siguiente trabajo, parte de la comprensión del derecho penal como un proceso que se va desarrollando en contextos históricos, nacionales e institucionales específicos y, por esa razón, sus reflexiones se limitan a Gran Bretaña. Comienza con el interrogante sobre la relativización del concepto de delito motivada por la diversidad social y el pluralismo moral desde el S. XIX, y en los debates sobre la responsabilidad y sobre el reparto de funciones –por ejemplo, entre juristas y médicos, cuando se trataba de la demencia– en las decisiones (pp. 86-87). Aborda después la tardía profesionalización del proceso penal en el derecho inglés, donde también en el S. XIX se mostraba la resistencia a la intervención de abogados y la convicción de que las decisiones sobre la culpabilidad eran sólo un problema de sentido común (pp. 93-94). Regresa luego a su tesis de cómo la democracia parlamentaria hace aparecer como problemático el vínculo directo entre presiones electorales y política criminal (p. 100) y su propuesta, en relación con la criminalización, de crear procesos consultivos y/ de deliberación democrática alejados de la presión electoral como medio para atemperar el populismo penal (p. 103).

A responder a Philip PETTIT, en *Rules, Reason and Norms*, dedica LACEY el cuarto estudio («Crimen, responsabilidad y diseño institucional»). Por un lado, defiende la necesidad de atemperar la «estrategia de gestión» de PETTIT sobre las bases del desarrollo histórico y del contexto institucional (pp. 107 ss.). Posteriormente, somete a crítica el concepto de responsabilidad de PETTIT sobre la base de la capacidad (pp. 115 ss.) y defiende, aunque en ese marco, un enfoque en que las atribuciones particulares de responsabilidad se centren en la disposición o actitud manifestada (p. 118). De estos presupuestos surge la explicación de la finalidad regulatoria del derecho penal: en un mundo en que no se puede confiar siempre en la internalización de las normas sociales para reforzar el comportamiento de «caballeros», ha de recurrirse a sistemas de castigo dirigidos al «canalla» (en la terminología de PETTIT), aunque es preciso considerar hasta qué punto esta estrategia se dirige a sus destinatarios como (aquí los términos son de LE GRAND) «damas» (agentes capaces de autodeterminación) o como «peones» (sujetos pasivos de las políticas sociales) (pp. 122-124).

El siguiente trabajo, «La criminalización como regulación», sigue esta línea: el derecho penal no es entendido sino como una forma más de regulación; por eso, su eficacia depende del entrelazamiento de la justicia penal con otros sistemas de regulación (pp. 126-128). LACEY constata, por otra parte, que, aunque el derecho penal define estándares de conducta de forma jerárquica, éstos fracasan si se alejan de los estándares comunitarios (p. 131). Incide de nuevo aquí en la motivación: la cuestión es qué condiciones se necesitan (de nuevo sobre los términos de PETTIT) para fomentar la regulación de los «canallas» –aquí, en la traducción, se habla de «bribones»– sin minar la de los «caballeros» (pp. 132-135). Examina dos niveles: la definición de estándares en la parte especial del derecho penal (p. 135), aunque la eficacia de la mera criminalización formal es incierta; y, en la parte general, el asentamiento de la responsabilidad individual a través del *mens rea*. Pero el aspecto que, a mi juicio, es aquí dominante, es la criminalización formal, cuya evolución en el derecho inglés de las últimas décadas explica, destacando el intento –que denomina «quijotesco»– de los jueces para diferenciar entre el delito «de verdad o real» y el delito meramente «regulatorio» (p. 148). Quiero destacar lo que me parece una lectura original del conocido caso de la Mignonette (Regina versus Dudley y Stephens, 1884): LACEY subraya, sobre la idea, ya conocida, de que la fiscalía pretendía combatir la costumbre marítima que admitía el canibalismo en casos de naufragio, que los acusados nunca pensaron que serían perseguidos por ello (p. 144).

En el sexto ensayo («Sistemas políticos y justicia penal: el dilema del prisionero después de un gobierno de coalición»), LACEY desarrolla sus tesis sobre la relación entre sistemas políticos y criminalización, y especialmente de sus relaciones con el populismo penal. Como es sabido, parte de la distinción entre «variedades del capitalismo», defendida por HALL y SOSKICE, que diferencian entre economías de mercado liberales y coordinadas, y en estas últimas, entre socialdemocracias y países corporativos conservadores, que se corresponderían con distintos sistemas parlamentarios y también con diferentes políticas penales; especialmente en las economías coordinadas, la existencia de políticas penales inclusivas (pp. 160-166). En lo que afecta al derecho penal, los sistemas mayoritarios facilitarían un sistema más punitivo, porque, en la aplicación del dilema del prisionero, ninguna de las partes podría permitirse cesiones en posturas firmes; en cambio, un sistema proporcional produce una amortiguación de la demanda popular de castigo, porque lo exigirían los acuerdos de coalición (p. 167), aunque el resultado del dilema del prisionero depende también del bipartidismo. Examina dos casos concretos (Nueva Zelanda y Escocia) donde, sin embargo, las modificaciones en el régimen electoral no han producido este resultado, y las causas de que haya sido así (pp. 168 ss.). La conclusión ya había sido anticipada en el tercer ensayo: sólo alejando los aspectos de política penal de la responsabilidad directa ante los electores, lo que implica una innovación institucional, puede contenerse el populismo penal (p. 189).

En «Criminalización: perspectivas históricas, jurídica y criminológica», que publicó con ZEDNER, aborda de nuevo los aspectos metodológicos: «la relación que media entre construcciones jurídicas y criminológicas» (p. 193). LACEY trata algunos de los aspectos que considera en otros trabajos del libro, aunque en esta perspectiva: la distinción entre la criminalización como resultado y como práctica y entre criminalización formal y material (pp. 195 ss.); o su perspectiva histórica, ahora como ángulo de análisis del criminólogo (pp. 198 y s, 200). Precisamente en este sentido analiza la formalización del concepto de delito, como consecuencia del proceso de modernización, y reconoce las dificultades del principio del daño como definitorio del delito (p. 203). Como el derecho penal es un sistema dirigido a sujetos en tanto responsables de su conducta y no un mero sistema de coerción (p. 207), define y analiza los fundamentos de la

responsabilidad penal: capacidad, conducta, responsabilidad/culpa y eximentes (pp. 204-206). Pero el derecho penal, con «límites cambiantes», recurre, por un lado, a alternativas al proceso; y, por otra, al aumento del número de delitos y de la severidad de las penas (p. 210). De ahí que defienda, para la criminología, la función de «identificar las condiciones contextuales y estructurales que favorecen e impiden la criminalización» (p. 212).

El siguiente estudio («¿Por qué los verdaderamente desfavorecidos son estadounidenses, cuando el Reino Unido ya es bastante malo?»), que publicó con David SOSKICE, intenta explicar la razón por la que, aunque la relación entre sistema político y criminalización son muy parecidos en los Estados Unidos y en el Reino Unido (pp. 221 ss.), la situación en Estados Unidos es más negativa, lo que se manifiesta en las tasas crecientes de encarcelamiento masivo (véase el gráfico 2, 267). Resume sus conclusiones sobre las causas, que son opuestas a la opinión, muy extendida, de que tiene más que ver con una hiperactividad legislativa federal: por una parte, lo atribuye a una descentralización del poder –a mi juicio, lo que describe es más bien una concentración de poder local– que hace la política penal especialmente rentable desde un punto de vista electoral (pp. 228, 233); por otra, la segregación residencial, que no deja de estar vinculada al poder local (pp. 235 ss., 253). No es tanto la raza o la federalización, ni el impacto electoral de las políticas de ley y orden en ese ámbito, sino «el grado de autonomía cedido al poder local» (p. 262) lo que explica la excepcionalidad del caso de los Estados Unidos.

En «La institucionalización de la responsabilidad: implicaciones para la teoría del derecho», LACEY aborda la cuestión de la responsabilidad, a la que se ha hecho referencia al aludir a ensayos del mismo volumen, para reforzar su propuesta metodológica (pp. 281 ss.). Algunas de las reflexiones sobre aspectos teóricos en relación con la capacidad o sobre el *mens rea* (pp. 287 s.) y sobre el carácter (p. 290) han sido ya indicadas; de lo que se trata, fundamentalmente, es de conocer «las condiciones que facilitan –o dificultan– su realización institucional» (p. 291). Para la cuestión de la naturaleza del derecho (qué es), en la que, con razón, LACEY ha de examinar las ideas de RAZ y de GARDNER, esto significa que no deberíamos «aceptar sin más argumento la proposición de que la modalidad del Derecho deber ser tomada como una cualidad analítica o una verdad inmutable» (p. 296). «La concepción de universalidad está en sí misma ligada (...) a la aparición de cierta idea de gobierno limitado» (p. 297). Pero ciertos contornos cambiantes se deben a las «precondiciones institucionales para ponerlo en práctica» (p. 298). Por eso, LACEY, que admite, con GARDNER, que la teoría del derecho no es un mero juicio descriptivo, entiende, no obstante, que la naturaleza del derecho está determinada por «intereses e inquietudes más amplias» (p. 300). Por eso, y aquí regresa a la responsabilidad criminal, entender que su paradigma pueda cambiar en el tiempo, no socava la teoría, sino que aporta transparencia.

Por último, en «¿Del consultorio a los tribunales? Llevar el modelo clínico de responsabilidad sin reproche al ámbito jurídico», que escribió con la profesora de Filosofía y Bioética Hanna PICKARD, el punto central está definido claramente en el título: un modelo de responsabilidad que aproxime las ideas de retribución o censura, de un lado, y de rehabilitación, por otra (p. 304). La constatación del alto porcentaje de hechos delictivos cometidos por personas con trastornos diagnosticados, aunque sobre la base de decisiones voluntarias, y la evidencia que este diagnóstico depende de sus acciones u omisiones (pp. 314 s.), lleva a las autoras a proponer el modelo clínico: asumir la responsabilidad sin reproche, con consecuencias negativas (p. 316). No es la evaluación moral, sino la motivación para el cambio, lo que se persigue a través de estas consecuencias derivadas de un «reproche indiferente», como el que se practica en el tratamiento (p. 324). Esta es la alternativa a trasladar, tanto en los procedimientos, admitiendo ciertos límites

de los procesos penales, pero evitando el reproche afectivo (pp. 325 ss.); como en las cárceles y en las secuelas del castigo, evitando que sean excluyentes (pp. 331 ss.). Se trata, por tanto, de una integración «del ideal rehabilitador y el modelo de justicia» aprendiendo del modelo clínico (p. 334).

Como se puede observar, algunas de las ideas de LACEY –sobre todo, las más conocidas– aparecen en varios de los trabajos, aunque contempladas a veces en distintas dimensiones. Por esa razón, abordaré el examen de este volumen de forma conjunta, y expondré mi visión en tres niveles, en los cuáles, desde mi punto de vista, se apoya aquí, pero también –y esto es mérito de los editores– todo su pensamiento, hasta donde yo puedo alcanzar. Definiré el ámbito, concretaré el mérito y añadiré una reflexión –no siempre demasiado– crítica.

Por un lado, LACEY propone explícitamente una reorientación metodológica del estudio del derecho penal, que parte ya de su visión desde la idea de criminalización. Lo original es que no se trata de una reivindicación de lo empírico, sino del estudio «socio-histórico». Fundamentalmente, reivindica un espacio para la comprensión de las instituciones en la perspectiva de su conformación a lo largo del tiempo en sociedades con contornos específicos. En realidad, ésta y no otra era la propuesta de SAVIGNY, cuando centraba en el pueblo el punto crucial del derecho. Pero esto no resta originalidad a LACEY: aunque muchos autores citaron en este punto a SAVIGNY, pocos siguieron su propuesta metodológica en el derecho penal. Tan sólo un primer ABEGG, y decididamente –y muy tarde– Richard LOENING, entendieron que la historia de las instituciones y de los conceptos en el marco de un pueblo podían clarificar de modo determinante su dimensión real. Ni siquiera en el ámbito anglosajón, CARDOZO o POUND –como en el alemán, el movimiento del derecho libre, tal vez con la excepción de KANTOROWICZ– se dio suficiente relieve a la historia en su enfoque sociológico del derecho. Pero ha de valorarse no sólo la idea, sino el dinamismo con que se desarrolla: como «el Derecho en los libros no es lo mismo que el Derecho en movimiento» (p. 131), puede LACEY captar aspectos tan decisivos como la distinción entre el patrón o resultado de la criminalización y su práctica social (p. 83).

No creo que pueda objetarse nada a esta propuesta. Sólo pienso que, en su concreción, hay una innecesaria limitación a los procesos históricos del Reino Unido y que, tal vez, una reflexión histórica e institucional comparada podría llevar a resultados no muy distantes. Me parece que los ejemplos que maneja LACEY son aplicables en ese sentido. El proceso de definición de la responsabilidad a través del *mens rea* no es tan diferente de la evolución de la imputación subjetiva desde la presunción de dolo, que está vigente en los primeros momentos de la codificación europea; y su dependencia conceptual de la estructura del proceso y del razonamiento sobre la prueba, aunque no es idéntico en el derecho británico y en el continental, sí permite observar un cierto paralelismo. Pero lo mismo sucede con la responsabilidad y el carácter o la «actitud disposicional», cuya aproximación propone LACEY (pp. 115, 290) –según creo– con razón, pese a que estas reflexiones sobre la actitud se esconden, en ocasiones, como aspectos vinculados a la prueba.

En segundo término, y aunque –como es mi caso– no se compartan todas sus conclusiones, ha de reconocerse que LACEY discute científicamente y con rigor sobre política penal, precisamente porque entiende que la ciencia política es aquí la piedra angular. Se trata, de nuevo, de un punto de partida metodológico. En efecto, este es el gozne en el que se fija su conocida interpretación del dilema del prisionero, a partir de la distinción entre diferentes «variedades de capitalismo» (HALL/SOSKICE), que aceptarían otros estudiosos de la criminalización, aunque tal vez sin todos

sus matices. Lo esencial en LACEY es, precisamente, la relación de esta dimensión con el sistema de elección parlamentaria y el gobierno, y la honestidad intelectual con qué examina las excepciones tanto a las conclusiones positivas (pp. 168 ss.) como negativas (pp. 228 ss.). Especialmente en esta última cuestión, al estudiar el caso de los Estados Unidos y sobre todo en el examen de la incidencia del urbanismo sobre la política penal, pone en jaque, en mi opinión, algunos de los estudios más difundidos sobre el tema. La valoración de aspectos residenciales explica, por ejemplo, que, frente a lo afirmado en relación con las políticas de ley y orden y el efecto sobre los votantes, LACEY sostenga que «no era irracional para estos votantes temer el impacto de la criminalidad, tanto en su vida cotidiana, como en el valor de sus activos, ganados con mucho sacrificio» (p. 261).

Por esa razón, creo que tal vez LACEY es demasiado prudente al valorar otras explicaciones de la criminalidad, porque su análisis demuestra, no sólo que los puntos de atención de algunos autores que estudian la criminalización, como GARLAND o WACQUANT, pueden ser insuficientes o incorrectos, sino que esto sucede por una razón de método. Lo que se deriva de la lectura de LACEY –aunque ella no lo dice así– es que estos autores se saltan un paso esencial: el examen de lo que la ciencia política tiene que decir al respecto. El estudio científico de la política penal o, si se quiere, de la política criminal, requiere –así lo he defendido al tratar el tema del populismo penal– planteamientos que sean aceptables desde la ciencia política, aunque estos puedan ser muy diversos y, por ello, lleven también a conclusiones distintas según sea el adoptado. No veo con claridad, por ejemplo, la idea de que gobiernos de coalición limitan necesariamente tendencias punitivistas y que sistemas bipartidistas las abonan; pero la tesis de LACEY es razonable en un examen limitado al juego de los partidos en el sistema parlamentario. Sin embargo, creo que esta visión es demasiado restrictiva, porque no tiene en cuenta que el populismo penal –que no ha de ser sólo punitivismo– no es sólo una tendencia de partidos tradicionales. Como muestra la ciencia política moderna, existen partidos populistas, que lo son también en la perspectiva del derecho penal, y que pueden ser –a izquierda o a derecha– sujetos de las coaliciones, imponiendo, por tanto, su punto de vista.

En tercer y último lugar, no puede dejarse de lado que estos presupuestos metodológicos conllevan un posicionamiento concreto respecto a la filosofía del derecho, y esto es algo que, aunque está presente en toda la obra de LACEY, se evidencia de modo particular en el penúltimo de los trabajos traducidos. Los presupuestos metodológicos de LACEY, tanto en lo relativo al enfoque sociohistórico como a la lectura de la criminalización desde la ciencia política, apuntan críticamente hacia una teoría del derecho puramente analítica, como reconoce al indicar que ésta «goza de una indebida primacía» (p. 280). Por otro lado, y aunque no es el objeto de los estudios ahora publicados, LACEY disiente con DUFF en una cuestión de principio, precisamente por considerar que éste mantiene una «versión altamente moralizada de la comunidad política», que le impide apreciar el valor de disidencia en una sociedad pluralista (LACEY, «Approaching or Re-thinking the Realm of Criminal Law?», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, p. 317), y porque, «a pesar de su compromiso con la promoción de la reforma y de la reconciliación, DUFF insiste en que el trato duro es intrínseco a la teoría comunicativa del castigo» (p. 311). Todo esto recae –y, aunque se vislumbra en algunos de los anteriores, es evidente en los dos últimos trabajos del volumen– de forma directa en su concepción de la responsabilidad, que intenta salvar, no sólo con la idea del carácter como actitud disposicional, sino también con el interesante traslado del modelo clínico a la imputación de responsabilidad en el derecho penal.

En este punto es mayor mi discrepancia con LACEY, porque sí creo que, precisamente, es básica para el derecho penal su «necesidad moral». En el diálogo «entre la teoría del Derecho penal de carácter doctrinal y filosófico y los estudios sociohistóricos de la justicia penal» que propone LACEY, sale perdiendo, según creo, la fundamentación filosófica. A mi juicio, el posicionamiento de LACEY respecto a la filosofía moral y frente a lo que considera moralismo del derecho penal no tiene en cuenta que los modelos de responsabilidad, o de atribución de responsabilidad, son precisamente los de la filosofía práctica. No puede discutirse, por ejemplo, que la actitud disposicional a la que LACEY se refiere, se encuentra en la ética aristotélica, y por eso no me parece adecuada la equiparación de visiones de la filosofía práctica opuestas (ARISTÓTELES o KANT), sencillamente porque coinciden en la existencia del libre albedrío. Incluso en su crítica a DUFF sobre la visión de la piedad como algo extrínseco al derecho penal, citando precisamente a TASIOULAS, que lo defiende como intrínseco (p. 311), no puede olvidarse esta relación. Nótese que DUFF es aquí –digo aquí porque en otros aspectos, como la responsabilidad, reconoce una eficacia, aunque limitada, a la teoría aristotélica de la virtud y el vicio– kantiano y TASIOULAS aristotélico, porque, en KANT la equidad aparece como un anexo a la teoría del derecho (por cierto, junto al derecho de necesidad y la tabla de CARNÉADES, como formas del *ius aequivocum*) y en ARISTÓTELES es parte de la misma justicia.

Hasta aquí mi visión global de los problemas que plantea y de las propuestas de solución que formula LACEY. Concluyo con una valoración general de la edición de estos artículos. Me parece que la discusión metodológica, en la que he insistido en esta recensión, es todavía necesaria, como lo es la que se refiere al ejercicio del poder penal desde la política. Y si se quiere abordar estas cuestiones de modo riguroso, Nicola LACEY es imprescindible, y lo es en los trabajos aquí reunidos. Aunque, en ocasiones, sea para discrepar.

InDret

4.2023

**Laurens Lavrysen/Natasa Mavronicola (eds.),
Coercive Human Rights. Positive Duties to
Mobilise the Criminal Law under the ECHR, Hart
Publishing, Oxford etc., 2020, 307 páginas**

Lucía Martínez Garay
Universitat de València
lucia.martinez@uv.es

-

Esta obra colectiva reúne una serie de contribuciones que examinan la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) acerca de las obligaciones positivas que tienen los Estados de tutelar a través del sistema de justicia penal los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Estas obligaciones positivas de tutela penal constituyen, según creo, una de las evoluciones más importantes –y quizá más preocupantes– de la política criminal de los últimos lustros, sin la cual no se pueden comprender en toda su complejidad las transformaciones que el Derecho penal está experimentando desde el inicio del siglo XXI. El cambio que comportan estas obligaciones se percibe con claridad si se reflexiona sobre el modo en que tradicionalmente la doctrina penal ha considerado los derechos fundamentales: como límites al *ius puniendi*, que funcionan como obstáculo o freno a las políticas criminales que buscan intensificar la prevención de manera excesiva (sea mediante una intimidación general reforzada, o a través de la inocuización selectiva, etc.). Para comprobar que en la doctrina penal mayoritaria éste sigue siendo el enfoque predominante basta pensar en cómo han sido analizados muchos de los fenómenos que en los últimos veinte años más han concentrado la atención de los penalistas: el Derecho penal del enemigo, el populismo punitivo, o el Derecho penal de la peligrosidad, por ejemplo, se han estudiado (y denunciado) desde la perspectiva del peligro que suponen para las garantías penales, muchas de ellas reconocidas como derechos fundamentales en nuestra Constitución y/o como derechos humanos en tratados y convenios internacionales ratificados por España.

Sin embargo, desde finales de la década de 1990 el TEDH– y aún con más contundencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)– ha ido construyendo un cuerpo de jurisprudencia según el cual la protección efectiva de determinados derechos fundamentales –especialmente el derecho a la vida reconocido en el art. 2 del CEDH, pero también otros como los reconocidos en los arts. 3, 4 u 8– necesitan que el Estado active el Derecho penal, criminalizando determinados comportamientos, asegurando que las denuncias se investigan, y que los culpables son castigados con penas suficientemente efectivas y disuasorias. En otras palabras: hace ya bastantes años que para el TEDH los derechos humanos no son sólo un escudo (*shield function*, en la terminología que utiliza el libro que comentamos, p. 1) del particular frente al uso excesivo de la fuerza por parte del Estado, sino que tienen también la función de ser una espada (*sword function*), que ha de utilizar el Estado frente a ciertos tipos de criminalidad grave para proteger a los ciudadanos de agresiones por parte de terceros. En opinión del Tribunal, los derechos humanos se pueden vulnerar no sólo cuando el Derecho penal se utiliza demasiado, sino también cuando se utiliza demasiado poco.

Estas obligaciones positivas de tutela penal, cuya existencia defienden no sólo el TEDH y la CIDH sino también diversos documentos de organismos supranacionales, suponen un cambio trascendental en el significado de los derechos fundamentales y de los principios limitadores del *ius puniendi*, que desde esta perspectiva deja en buena medida de ser entendido como un *ius* para transformarse en un *officium* (tal como lo ha expresado GIL GIL), lo que suscita numerosos interrogantes. En la doctrina penal española son todavía pocos –aunque de gran calidad– los trabajos que han analizado directa y específicamente esta cuestión, valorando su fundamento, alcance e implicaciones (por ejemplo: SILVA SÁNCHEZ, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, GIL GIL o MACULAN). Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar, en monografías y artículos sobre muy diversos temas, alusiones a conceptos muy ligados a este cambio de enfoque en la función de los derechos fundamentales: por ejemplo las menciones a un supuesto derecho a la seguridad, especialmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo, o la existencia de un derecho a una vida libre de violencias en el marco de la protección legal de las mujeres, así como, también en este último campo o en el de la trata de personas, la existencia de unos estándares de diligencia debida que los Estados deben cumplir. Además, la influencia de las obligaciones positivas de tutela penal no se percibe sólo a nivel doctrinal, sino también jurisprudencial: por ejemplo, en la STC 169/2021, sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, destaca la referencia a una serie de sentencias del TEDH según las cuales «*los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos*», y «*El mero hecho de que [los condenados a prisión permanente] hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad*» (FJ 4 a, todas las cursivas añadidas).

En mi opinión, antes de asumir sin más este trascendental cambio de sentido en el significado de los derechos humanos en el contexto del Derecho penal, como algo que nos vendría impuesto por nuestra vinculación al CEDH (o a otros instrumentos internacionales), es imprescindible hacer una reflexión sobre su sentido, su fundamentación, su alcance y sus consecuencias. Y a analizar estos problemas está dedicada la obra que comentamos.

El libro consta en total de trece capítulos divididos en cuatro partes, y está precedido de un prólogo firmado por Françoise TULKENS (que fue durante más de diez años juez en el TEDH). Los coordinadores y los autores de los diversos capítulos (de los que se ofrece una breve reseña curricular en las primeras páginas del libro) son de procedencia diversa: alguno es juez o abogado especializado en derechos humanos, y aunque la mayoría son académicos (algunos jóvenes y otros con una larga trayectoria), varios tienen experiencia práctica por haber trabajado en o intervenido ante organismos o tribunales de protección de derechos humanos.

El primer capítulo (pp. 1-26) es un –denso– texto introductorio elaborado por los coordinadores, Natasa MAVRONICOLA y Laurens LAVRYSEN, que sitúa la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal en su contexto histórico e internacional, introduce brevemente el resto de los capítulos, y destaca los temas centrales alrededor de los cuales gira la obra.

Los capítulos 2 (pp. 29-53) y 3 (pp. 55-67) integran la primera parte, titulada «Puntos clave en la doctrina del TEDH» (*Key threads in ECtHR doctrine*), y describen el contenido de las obligaciones de criminalizar, investigar y castigar. En el Capítulo 2 Laurens LAVRYSEN ofrece una sistematización de la jurisprudencia que ha ido desarrollando las obligaciones positivas de criminalizar y de castigar en relación con los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la

tortura), 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), obligaciones que considera, respectivamente, de tipo sustantivo y de tipo procesal (pp. 30-32), si bien reconoce que se trata de una distinción difícil de trazar. Concluye que si bien hasta ahora en su opinión el desarrollo de estas obligaciones se ha mantenido en confines bastante razonables (*«are still fairly well contained»*, p. 53) hay un riesgo real de que estándares que se han desarrollado en relación con fallos sistémicos de la justicia penal o con culturas de impunidad terminen siendo aplicados al manejo de casos micro, por lo que considera necesario dotar a estas obligaciones de una fundamentación más sólida que la que hasta ahora ha sido capaz de proporcionar el TEDH.

El capítulo 3, co-redactado por Paul LEMMENS y Marie COURTOY (el primero, Juez actualmente en ejercicio en el TEDH) sistematiza también las distintas obligaciones de tutela relacionadas con el Derecho penal, pero desde una perspectiva menos crítica que el anterior. Uno de los aspectos más destacables de esta contribución es, a mi juicio, que frente a las críticas que se han dirigido al TEDH por no haber explicado con suficiente detalle la justificación de estas obligaciones (un ejemplo de lo cual es en esta obra el capítulo 7), los autores afirman que la función de un tribunal es distinta a la de los académicos, y que su enfoque, por tanto, debe ser también diferente: «a veces podría ser preferible no decir demasiado en una sentencia, cuando cualquier argumento puede abrir nuevas discusiones» (p. 56). En esta misma línea, y en relación con el argumento del efecto intimidatorio del Derecho penal como justificación de las obligaciones positivas de tutela penal (que los propios autores reconocen que es central, por ej. en pp. 57, 67), LEMMENS y COURTOY sostienen que valorar el efecto intimidatorio de una determinada medida puede ser complicado, pero que el Tribunal no está en situación de llevar a cabo un estudio empírico al respecto, ni de argumentar sobre la base de ninguna teoría criminológica en concreto (p. 59).

La segunda parte del libro (capítulos 4 a 6) se titula «Perspectivas en torno a la protección y reparación de las víctimas» (*Perspectives on victims' protection and redress*) y comprende los trabajos que valoran de una manera más positiva las obligaciones de tutela penal, destacando sus beneficios para las víctimas y para la protección de grupos vulnerables.

En el capítulo 4 (pp. 71-92), Alina BALTA defiende que establecer obligaciones para los Estados de investigar y de castigar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos puede entenderse como una forma de reparación a la víctima de estos crímenes. Advierte que su análisis está limitado a los casos de graves violaciones de los derechos humanos en el sentido de crímenes equiparables al genocidio, a los crímenes contra la humanidad o a los crímenes de guerra (p. 72). Asume que estudios empíricos han demostrado que las expectativas de justicia de las víctimas en estos casos incluyen el castigo de los responsables, y que además al castigo le es inherente un componente simbólico y comunicativo, todo lo cual produce consecuencias positivas para las víctimas (pp. 78-80). La autora utiliza la expresión «respuesta retributiva» (*retributive response*) para referirse a las obligaciones de persecución y castigo penal, pero advierte que ello no implica que asuma una postura «retribucionista» sobre la justificación y finalidad de esas respuestas (p. 73). En mi opinión no queda del todo claro, tampoco, hasta qué punto con esa expresión se refiere sólo a las obligaciones de castigar penalmente, o también (o sobre todo) a las obligaciones de compensación y reparación del daño que el TEDH también impone en ocasiones, cuando declara que el Estado ha violado por insuficiente protección un derecho reconocido en el Convenio.

En el capítulo 5 (pp. 93-116), Corina HERI analiza hasta qué punto el concepto de vulnerabilidad es relevante a la hora de configurar los deberes de proteger los derechos humanos a través del Derecho penal. Tras destacar que se trata de un concepto invocado con frecuencia en la jurisprudencia del TEDH, pero que éste no define, analiza cómo opera en los casos de niños, víctimas de violencia sexual y doméstica, y miembros de la comunidad LGTBQIA+, especialmente en el marco del art. 3 del Convenio. Según HERI, pertenecer a uno de estos colectivos favorece al demandante, porque el Tribunal considera que tiene especial derecho a una intimidación efectiva y a ser protegido frente a agresiones, y porque la vulnerabilidad puede contribuir a imputar el conocimiento del riesgo o del maltrato que se sufría. En las pp. 111 a 116 la autora analiza los riesgos que algunos han señalado, en el sentido de que la obligación de proteger a estos colectivos mediante el Derecho penal podría conducir a un exceso de coerción (*coercive overreach*), pero concluye que tal cosa no se da, porque según el TEDH la vulnerabilidad no siempre requiere el recurso al Derecho penal, y porque el Tribunal tampoco exige a los Estados castigar a una persona concreta ni imponer una sanción determinada.

En el Capítulo 6 (pp. 117-138), Stephanos STAVROS analiza la reciente jurisprudencia del TEDH que considera necesaria la intervención del Derecho penal para proteger adecuadamente el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) frente al discurso de odio. Estudia cuatro casos resueltos entre los años 2015 y 2017 en los que existía un riesgo inminente de violencia física y que representan, en opinión del autor, una evolución positiva (p. 130) frente a la jurisprudencia anterior, en la que el TEDH sólo había considerado el discurso del odio como un supuesto que permite restringir el derecho a la libertad de expresión, pero no como un supuesto en que fuera obligado hacerlo, y además a través del Derecho penal. Es más, STAVROS apunta que sería deseable que las obligaciones de tutela penal en casos de discurso de odio se extendieran a situaciones en las que dicho riesgo inminente de violencia no exista (pp. 133-135), siempre que afecten a colectivos vulnerables y dependiendo del contexto del caso concreto, y sostiene que ello no tendría por qué derivar en un exceso de coerción.

La tercera parte de libro (capítulos 7 a 11) engloba, bajo la rúbrica «Reflexiones críticas: teoría, impacto, limitaciones», los estudios más críticos con diversos aspectos de la doctrina de los deberes positivos de tutela penal.

En el capítulo 7 (pp. 141-159), Nina PERSAK aborda una cuestión central: la confianza que demuestra el TEDH en que, para una protección efectiva de los derechos humanos frente a graves abusos, es necesario el Derecho penal porque sólo este garantiza una intimidación (*deterrence*) efectiva. La autora pone de relieve que el TEDH expresa este convencimiento sin ningún tipo de soporte empírico en cuanto a la capacidad de las penas para alcanzar una disminución de los delitos graves (pp. 150-152), y además destaca también diversos problemas lógicos y normativos que presenta esta argumentación. Así, alude entre otras cosas, a que las menciones expresas a la intimidación, si bien parecen enmarcar el debate en una perspectiva preventiva, bien podrían estar enmascarando tras terminología utilitarista lo que quizá no son sino argumentos relacionados con la capacidad expresiva de las penas. Y subraya la difícil compatibilidad de toda esta construcción con el principio de *ultima ratio*.

En el capítulo 8 (pp. 161-182), Mattia PINTO denuncia que las obligaciones de proteger mediante el Derecho penal los derechos consagrados en el CEDH tienen el riesgo de potenciar en los Estados una «cultura de la condena» (*a culture of conviction*) porque, si bien el TEDH las configura en principio como obligaciones de medios y no de fines, que no necesariamente tienen que

conducir a una condena en todos los casos, sin embargo su preocupación por la protección efectiva de los derechos humanos acaba llevando al Tribunal a examinar si se ha impuesto un castigo adecuado, en el sentido de suficientemente severo (pp. 162, 168, 169). En opinión del autor, esto ofrece una nueva legitimidad a la tendencia crecientemente punitiva ya presente en muchos Estados occidentales desde los años 70, intensificada desde el 11 de septiembre de 2001, y que ha sido analizada por GARLAND, SIMON o WACQUANT, entre otros. PINTO insiste en diversas ocasiones en que el creciente recurso al Derecho penal como solución para los más diversos y complejos problemas sociales es un fenómeno complejo y multifactorial, del que en modo alguno cabe hacer responsable al TEDH, el cual además sigue manteniendo, junto a esta doctrina justificadora del expansionismo punitivo, la línea más tradicional orientada a limitar los excesos coercitivos de los Estados. Pero sostiene que la jurisprudencia del TEDH permite a los Estados presentar el endurecimiento del control penal y la restricción de libertades bajo el favorecedor manto de la protección de los derechos humanos, alineándose con el discurso según el cual los problemas sociales pueden resolverse combatiendo las conductas individuales de abuso y violencia, y restando importancia a vías alternativas de solución (pp. 180-181). Y lo ejemplifica con el caso de la *Modern Slavery Act* introducida en Inglaterra y Gales en 2015, que a su juicio, ha endurecido tremendamente el control penal sin mejorar la situación de las víctimas, y renunciando a explorar soluciones alternativas probablemente más eficaces, como la modificación de las políticas migratorias o la regulación del mercado laboral.

En el capítulo 9 (pp. 183-202), Natasa MAVRONICOLA sostiene que el énfasis puesto por el TEDH en que los deberes de protección deben articularse a través del Derecho penal produce una confusión entre los criterios y los estándares propios de la responsabilidad penal individual, y los que caracterizan la responsabilidad del Estado por la vulneración de Derechos humanos, confusión que en opinión de la autora conduce por un lado a un exceso coercitivo, y por otro a debilitar la protección de los derechos que se quieren tutelar. Según MAVRONICOLA, el enfoque jurídico-penal tiene en cuenta circunstancias que pueden (y deben) excluir o atenuar la responsabilidad individual, como errores de juicio explicables habida cuenta de la tensión del momento, formación o entrenamiento insuficientes, verse obligado a actuar en una operación mal planificada o coordinada, etc. Pero afirma que no tiene sentido que estos factores operen cuando se valora la responsabilidad del Estado como aparato u organización, donde deben aplicarse criterios estrictamente objetivos de absoluta necesidad, y donde además los derechos reconocidos en los arts. 2 o 3 del CEDH pueden resultar vulnerados por deficiencias estructurales o sistémicas (entrenamiento insuficiente o equipamiento inadecuado de los agentes de policía, planificación inadecuada de los efectivos necesarios o valoración equivocada de los riesgos, condiciones paupérrimas de los lugares de custodia, etc.), sin que necesariamente un individuo concreto haya cometido dolosamente un delito. Confundir ambas cosas puede llevar (y ha llevado ya, en opinión de la autora, que aduce ejemplos en las pp. 190, 194, 195) a que el TEDH no considere vulnerado el derecho a la vida en casos en que el uso de la fuerza letal no era absolutamente necesario en términos objetivos, pero la conducta concreta del agente actuante podía ser considerada excusable, lo que debilita la protección del derecho a la vida en lugar de mejorarla. La autora también defiende que el hecho de que el TEDH dé por supuesto que el castigo penal es la vía de protección más eficaz evita que el tribunal examine (y, eventualmente, exija a los Estados adoptar o corregir) otras alternativas para mejorar la protección de los derechos, como la política migratoria, los servicios sociales disponibles, el racismo institucional, el acceso efectivo a la justicia, etc. (pp. 198-201).

Vladislava STOYANOVA analiza en el capítulo 10 (pp. 203-222) las sentencias que han derivado del art. 4 CEDH obligaciones positivas para el Estado en casos de servidumbre, trabajo forzado o trata. Explica primero por qué en su opinión la regulación vigente –constituida por el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos– exige que los Estados ofrezcan protección a las víctimas de trata, pero con independencia de que estas intervengan en un procedimiento penal ni de que se haya iniciado alguno (pp. 204-207). Sin embargo, explica que los Estados, a pesar de ello, tienden a ofrecer protección sólo a las víctimas que les resultan útiles porque les ayudan a obtener pruebas y lograr condenas. A continuación, plantea que el TEDH, cuando valora si los Estados disponen de un marco legal apropiado para ofrecer protección efectiva, atiende sólo a la normativa jurídico-penal, lo que hace que queden sin analizar otros aspectos de la regulación nacional, y que no se examinen problemas sistémicos que bien pueden condicionar el que las víctimas no reciban la protección que necesitan (pp. 218-219). Y señala que probablemente tarde o temprano el TEDH tendrá que abordar el espinoso problema de si las obligaciones positivas derivadas art. 4 CEDH incluyen la de no deportación (pp. 221 y s.).

Esta tercera parte del libro concluye con el capítulo 11 (pp. 223-245), a cargo de Bryce DICKSON, que examina hasta qué punto puede ser inapropiado utilizar el Derecho penal en contextos de justicia transicional; en concreto, cuándo puede ser coherente con los estándares internacionales de derechos humanos no castigar a los responsables de homicidios cometidos en graves conflictos internos. Partiendo de la base de que forzar o alterar (*tamper with*) el Derecho penal es casi siempre esencial en los procesos de resolución de conflictos si se pretende que estos puedan tener éxito (p. 226), y utilizando sobre todo el ejemplo del proceso de paz en Irlanda del Norte, concluye que en contextos de justicia transicional el TEDH no exige que la persecución penal, si ha cumplido las exigencias de ser una investigación efectiva en los términos del art. 2 del Convenio, necesariamente tenga que desembocar en una condena penal, siempre que se den determinadas circunstancias (pp. 244-245).

En la cuarta parte (capítulos 12 y 13), titulada «Territorios inexplorados en la doctrina sobre deberes coercitivos del TEDH» (*Uncharted waters for the ECtHR's coercive duties doctrine*), se analizan dos cuestiones que, según los coordinadores de la obra, son temas poco explorados hasta ahora, pero en los que la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal podría influir de manera preocupante sobre las políticas internas de los Estados miembros del Convenio. En el capítulo 12 (pp. 249-266), Liora LAZARUS examina no las obligaciones de criminalizar o investigar, sino la de tomar medidas preventivas para evitar un riesgo que se conoce o se debería conocer, es decir, el ámbito operativo de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Y sostiene que la jurisprudencia del TEDH no ha abordado el problema de cómo debe establecerse el equilibrio entre las obligaciones positivas de prevenir riesgos para un derecho reconocido en el Convenio, y los derechos de los sujetos afectados por tales medidas de prevención, es decir, aquellos de los que se teme el daño, que tienen derechos igualmente reconocidos en el CEDH de los que derivan obligaciones negativas para el Estado de no vulnerarlos (libertad, intimidad, etc.) (p. 252). Teniendo en cuenta que las autoridades y las fuerzas de seguridad tienden ya de por sí a dar prioridad a las necesidades de seguridad colectiva sobre los derechos individuales, y que vivimos desde hace tiempo en una cultura de aversión al riesgo, LAZARUS sostiene que el no subrayar expresamente que las obligaciones de tutela deben cohonestarse con los derechos individuales a no sufrir injerencias por parte del Estado, y el no establecer la manera en que ambas cosas deben ponderarse, está favoreciendo excesos de coerción, de los que pone varios ejemplos.

Por último, en el capítulo 13 (pp. 267-291), Kelly PITCHER pone de manifiesto que la exclusión de pruebas obtenidas de manera ilícita puede confligir con las obligaciones positivas de tutela penal, en la medida en que puede impedir condenar a responsables de graves violaciones de derechos humanos. Analiza el alcance de las obligaciones procedimentales de realizar una investigación efectiva que permita llegar a una condena en la jurisprudencia del TEDH, así como el estado de esta cuestión en los Países Bajos (donde dichas obligaciones positivas se han incluido en la regulación de las reglas de exclusión de evidencias), y pone de relieve que si bien existe un núcleo duro en el que el TEDH prohíbe en todo caso la utilización de este tipo de pruebas (cuando derivan de vulneraciones del art. 3 CEDH), aun cuando ello obligue a absolver, hay otro ámbito menos claro en el que las obligaciones positivas de investigar y castigar tienen que ser ponderadas con los intereses que subyacen a la regla de la exclusión de la evidencia ilícitamente obtenida, y que existe el riesgo de que el resultado derive en un exceso de coerción.

El libro concluye con un breve *post scriptum* (pp. 293-295) en el que los coordinadores ponen en relación las obligaciones positivas de tutela con las medidas de protección adoptadas por los Estados ante la pandemia de Covid (no se olvide que la obra está publicada en 2020), en el que alertan de que estas medidas, aun animadas por el loable objetivo de proteger los derechos a la vida y a la integridad física, pueden vulnerar otros derechos también importantes reconocidos en el Convenio, y terminar resultando abusivas y desproporcionadas. En especial, subrayan que la pandemia ha puesto de manifiesto la importancia de no identificar las obligaciones positivas de proteger los derechos fundamentales exclusivamente con obligaciones de incrementar la coerción penal, y la necesidad de tomarse más en serio los derechos económico-sociales, en particular el derecho a la salud.

Como puede apreciarse, todos los temas abordados en el libro son de un notable interés, y a mi juicio se consigue que el lector pueda formarse una idea bastante completa del estado de la cuestión, que es, efectivamente, compleja y polémica. Los diversos problemas analizados en los distintos capítulos se estudian además de manera documentada y rigurosa; las contribuciones aportan abundantes citas tanto de doctrina como de jurisprudencia, por lo que constituyen un muy buen punto de partida para quien esté interesado en profundizar en cualquiera de los diferentes temas que se abordan en la obra, si bien, y puesto que el libro está publicado en 2020, las fuentes citadas llegan sólo hasta 2019 (el capítulo 5 ha tenido en cuenta sentencias hasta diciembre de 2018, el cap. 6 hasta octubre de 2019, y, al menos en el capítulo 2, la mayoría son bastante anteriores).

Me parece además un mérito de la obra el reunir contribuciones tanto favorables como críticas con las obligaciones positivas de tutela penal; de hecho, los coordinadores destacan que éste era uno de los objetivos del libro (pp. 4, 16-21). Si bien a mi juicio predominan los trabajos redactados desde una perspectiva más crítica, la combinación de los diversos puntos de vista es estimulante y enriquecedora: resulta interesante confrontar, por ejemplo, la manera opuesta en que se aborda la cuestión de la eficacia intimidatoria del Derecho penal en los capítulos 3 y 7, o cómo en los capítulos 4 y 11 se ofrecen perspectivas bastante distintas sobre las expectativas de las víctimas en relación con situaciones de justicia transicional, y con el papel que el Derecho penal puede/debe jugar en estos contextos.

Además de los aspectos directamente analizados en cada capítulo, hay temas muy interesantes que aparecen de manera intermitente en las distintas contribuciones, por ejemplo, el de hasta qué punto las obligaciones de investigar con diligencia y posibilitar el castigo de los responsables

son sólo –como sostiene el TEDH– obligaciones de medios, o llegan a constituir obligaciones de resultados, es decir, de alcanzar una condena suficientemente grave (cfr. por ej., pp. 156, 162, 275 y ss.). También la cuestión de si el énfasis puesto por el TEDH en el Derecho penal como medio más efectivo para proteger determinados derechos humanos frente a ataques graves puede favorecer (o justificar) la desatención a medidas alternativas de protección (por ej. en pp. 26, 143 ss., 163, 181, 198, 289).

Una cuestión a la que se alude de pasada en algunos de los capítulos, pero en la que ninguno de ellos profundiza (y que en mi opinión habría resultado muy relevante en este contexto), es si son aplicables los mismos argumentos –ya sea a favor o en contra– de las obligaciones positivas de tutela penal cuando se trata de agresiones cometidas entre particulares, o bien de agresiones realizadas por agentes de la autoridad, funcionarios u otro tipo de personal al servicio o actuando en nombre del Estado. Es cierto que en el capítulo 2 se alude en diversos momentos (pp. 58, 63, 65) a que las exigencias del TEDH son más estrictas cuando se trata de actos cometidos por agentes o autoridades del Estado, y se da cuenta de la justificación que el propio TEDH ofrece, aduciendo que en estos casos lo que está en juego no es sólo la cuestión de la responsabilidad individual de los autores, sino el deber del Estado de combatir la sensación de impunidad que los delincuentes podrían entender que tienen en virtud precisamente del cargo o puesto que ocupan, y que es especialmente necesario mantener la confianza pública en y el respeto al sistema de aplicación de las leyes. Pero ni este ni otros posibles argumentos para un trato diferenciado son analizados de manera sistemática. En el Capítulo 4, por ejemplo, al estudiar hasta qué punto la condena penal puede tener un sentido de reparación para las víctimas, restaurando su dignidad y su estatus social, no queda muy claro si sólo se está aludiendo a los casos en que el Estado omite investigar y castigar delitos graves cometidos por particulares, o también a los casos en que las propias autoridades estatales han participado en los delitos (p. 89). Y por otro lado el capítulo 9, que critica con dureza las obligaciones de criminalizar y castigar, parece referirse a los casos en que han estado involucrados agentes del Estado, pero sin aclarar si las mismas críticas serían aplicables a los supuestos en los que esto no es así.

Por otro lado, y si bien todos los problemas analizados en los distintos capítulos son interesantes y relevantes, llama la atención que no se haya dedicado uno específico a las obligaciones positivas de tutela de las mujeres frente a la violencia, siendo este uno de los ámbitos en los que dichas obligaciones más se han desarrollado tanto en la jurisprudencia del TEDH como en otro tipo de documentos y resoluciones de órganos supranacionales. De hecho, el *seminal case* del TEDH en materia de obligaciones positivas de tutela penal, *X e Y c. los Países Bajos*, de 25.3.1985, fue un supuesto de abuso sexual a una menor con discapacidad intelectual. Además de otros importantes casos relacionados con violencia sexual ejercida sobre mujeres (por ejemplo *M.C. c. Bulgaria*, de 4.12.2003), el TEDH ha abordado de manera específica las obligaciones positivas de carácter penal en materia de violencia doméstica y de género sobre todo desde *Opuz c. Turquía*, de 9.6.2009, y son numerosas las sentencias que han condenado a los Estados por protección penal insuficiente de mujeres (cfr. por ejemplo *Talpis c. Italia*, de 2.3.2017 o los casos *Volodina c. Rusia* de 9.7.2019 y *Volodina c. Rusia II* de 14.9.2021). Esta cuestión sí se estudia en parte en el capítulo 5 de la obra que comentamos (pp. 106-109), pero no de manera específica, sino sólo como un ejemplo más de los grupos que el TEDH considera vulnerables, y de las consecuencias que dicha consideración tiene en cuanto al alcance de las mencionadas obligaciones.

En definitiva, esta monografía coordinada por LAVRYSEN y MAVRONICOLA ofrece no sólo una panorámica bastante completa de la actual doctrina del TEDH sobre las obligaciones positivas de

tutela penal, sino también un análisis riguroso y plural de varias de las cuestiones clave implicadas, en un tema en el que a mi juicio sería bienvenido un mayor interés por parte de la doctrina penal española.

Clara Moya Guillem (dir.), La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas

Adrián Gómez Conesa
 Universidad de Alicante
 adrian.gomez@ua.es

-

La obra colectiva objeto de esta recensión constituye todo un punto de referencia en el estudio de uno de los temas más actuales y problemáticos del Derecho Penal: la agravación de la responsabilidad penal en razón de la especial vulnerabilidad de la víctima.

La relevancia del tema abordado se ve reflejada en las numerosas (e incesantes) reformas a las que se está viendo sometido nuestro Código Penal en esta materia. El legislador, con un claro afán proteccionista para con las víctimas vulnerables, ha configurado una tutela penal reforzada más que cuestionable. De acuerdo con los autores de la obra, los problemas que plantea la especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal actual serían los siguientes. Se pueden encontrar en el ordenamiento jurídico definiciones de vulnerabilidad ciertamente dispares (art. 177 CP, art. 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, normas y recomendaciones internacionales, etc.). En lo que se refiere al fundamento de la sobreprotección de estas víctimas, se observan posturas doctrinales y jurisprudenciales contradictorias, pues algunos creen que el fundamento reside en un mayor contenido del injusto, mientras que otros consideran que es una cuestión de mayor culpabilidad. Además, en el Código Penal son numerosas y sumamente confusas las referencias a la vulnerabilidad, ya que en ocasiones se protege –de forma expresa o táctica– a las víctimas vulnerables, otras a las víctimas especialmente vulnerables, también a los grupos vulnerables, e incluso de manera concreta, a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Estos aspectos son abordados con la claridad y el rigor propio de los autores que suscriben tales aportaciones. La obra tiene como propósito, primero, detectar el fundamento material de las disposiciones sobre la especial vulnerabilidad en el Derecho Penal, con el fin de delimitar su ámbito de aplicación. Segundo, analizar con cierto detalle las circunstancias que darían causa a la especial vulnerabilidad de la víctima (así, la edad, la discapacidad, la enfermedad o la situación). Y, finalmente, ofrecer una serie de propuestas, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*, en cuanto a la protección que debería darse a las víctimas especialmente vulnerables.

La primera de las aportaciones es la ofrecida por el coordinador de la presente obra, BONSIGNORE FOUQUET (pp. 19-64), quien aborda, desde un imprescindible plano conceptual y político-criminal, el concepto de vulnerabilidad. Parte en su análisis de la complejidad de dicho concepto, pues, como bien afirma, «trasciende los confines de una disciplina concreta». Por eso, inicia su estudio con un recorrido sobre las teorías de la vulnerabilidad propias de la Filosofía, la Bioética o los Estudios de Género, algo que sin duda enriquece el contenido de la obra. La vulnerabilidad, sostiene, ha sido tradicionalmente olvidada en el pensamiento político hasta fechas no muy

recientes, pues las nociones de autonomía, racionalidad y dignidad configuraban el modelo de ciudadano perfecto en el pensamiento liberal propio de los siglos XVIII y XIX. La evidencia histórica ha mostrado que la fragilidad humana, apunta el autor, es una condición que determina la vulnerabilidad inherente de los seres humanos (así lo demostrarían las atrocidades propias de la Segunda Guerra Mundial, entre otros acontecimientos históricos). Estaríamos hablando, entonces, de la vulnerabilidad como una condición universal que definiría al ser humano. A partir de esa vulnerabilidad universal, el autor señala la necesidad de diferenciar entre ciertas personas o grupo de personas que sufren dicha vulnerabilidad en un grado e intensidad superior a la media. Es ahí donde nos encontramos la noción de persona especialmente vulnerable. Posteriormente, subraya la importancia de concebir la vulnerabilidad individual como el resultado de la acumulación de diversas capas, lo que implica observar el concepto de vulnerabilidad desde un punto de vista dinámico y relacional, no en términos rígidos y automáticos. De forma sintética, afirma: «las personas no son vulnerables, sino que lo devienen fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos sociales, circunstancias ambientales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares» (p. 31).

Sentado lo anterior, BONSIGNORE FOUQUET describe dos grandes modelos de tutela penal de la vulnerabilidad. En primer lugar, el modelo de tutela conforme a un método de «líneas rojas», esto es, un modelo en el que la pertenencia a un grupo históricamente discriminado determina la condición de «víctima especialmente vulnerable». En segundo lugar, el modelo de la individualización, es decir, el abordaje de la vulnerabilidad en un sentido más concreto. Dicho modelo consistiría en valorar las circunstancias particulares que rodeaban a la víctima y que le colocaron, en el momento de los hechos, en una considerable situación de vulnerabilidad. Ambas alternativas político-criminales, concluye, pueden observarse en el Código Penal. Así, en el primer sentido, la agravante genérica del art. 22.4.^a, por razón de los motivos discriminatorios que movieron al autor a cometer el delito, y en el segundo sentido, entre otros ejemplos, la agravante específica en el delito de agresión sexual del art. 180.1.3.º. Probablemente esta disparidad de criterios político-criminales se deba, como advierte el autor al inicio de su trabajo, a la «complejidad» del concepto de vulnerabilidad. Todo ello conlleva la necesidad de centrar el estudio en el concepto de vulnerabilidad, para después optar con claridad por una línea político-criminal.

La segunda aportación es de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (pp. 65-90), donde se refleja un interesante y novedoso estudio sobre el tratamiento de la vulnerabilidad desde el prisma del Derecho Penal Internacional. La autora señala cómo esta disciplina tiene una indudable finalidad de protección de grupos vulnerables. Así se observa, por ejemplo, en el delito de genocidio, donde el rasgo étnico, religioso, nacional o racial de un grupo es el que, en un contexto de ataque, determina su vulnerabilidad. De hecho, el art. 607.1 de nuestro Código Penal, además de indicar esas circunstancias que determinarían la vulnerabilidad del grupo, también incluye la discapacidad de sus integrantes. Seguidamente, resalta cómo la especial vulnerabilidad de la víctima, a partir del criterio de «gravedad del delito», influye en la determinación de la pena en el marco del Derecho Penal Internacional. La jurisprudencia de los Tribunales internacionales ha incluido la especial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito. Así, si las conductas recaían sobre personas especialmente vulnerables, la gravedad del delito se consideraba mayor y, en consecuencia, la pena se incrementaba. Así se recoge en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, donde se prevé expresamente, como agravante genérica, la comisión del delito cuando la víctima está particularmente indefensa.

Concluye la autora que la experiencia del Derecho Penal Internacional puede contribuir muy positivamente al debate sobre la vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal nacional.

La tercera aportación es de SANDOVAL (pp. 91-120), quien aborda la especial vulnerabilidad de la víctima, primero, como una posible manifestación del fenómeno de la expansión del Derecho Penal y, segundo, señalando el fundamento material que justificaría la tutela penal reforzada. Afirma que el progresivo incremento de las conductas agravadas por la especial vulnerabilidad de la víctima en nuestro Código Penal «no responde a un programa político-criminal claro». Sostiene que la gravedad de las consecuencias penales asociadas a la comisión de los hechos sobre víctimas vulnerables y la falta de racionalidad legislativa en su configuración permiten sostener que estamos ante otra manifestación más de la actual expansión del Derecho Penal. En lo que refiere al fundamento de la agravación penal afirma, tras una interesante argumentación, que radicaría en un mayor contenido del injusto, fruto de la mayor indefensión de la víctima o bien en la mayor exposición del bien jurídico protegido.

El autor de la cuarta aportación, BLANCO CORDERO (pp. 121-160), traza un exhaustivo y crítico análisis de la tutela penal reforzada de los menores de edad. El autor sostiene que la tutela penal reforzada de los menores de edad «no tiene un diseño coherente» en nuestro texto punitivo, pues obedece a criterios poco claros y, en ocasiones, contradictorios. Como afirma, se pueden observar en el Código Penal agravios comparativos, en los que no se comprenden bien los motivos por los que se ha decidido que es más grave en unos delitos que en otros que la víctima sea un menor (así, por ejemplo, los delitos de detención ilegal, donde sí hay una agravación, frente al delito de aborto sin consentimiento de la mujer embarazada, donde no se agrava la pena en caso de ser una menor embarazada). La incoherencia también abarca a la determinación de las edades en los tipos agravados, y así lo señala tan gráficamente el autor: el límite de edad en las lesiones es de catorce años (art. 148.3.º CP), pero superada esa edad la «especial vulnerabilidad» de la víctima no sería la misma, mientras que si se trata de un homicidio, la edad se amplía hasta los dieciséis años (art. 140.1.1.º CP). Dada esta incoherencia, el autor se pronuncia sobre la viabilidad de una posible «agravante genérica cuando el sujeto pasivo tenga una edad inferior a la de dieciocho años». A pesar de ser una propuesta interesante, señala que nuestro Código Penal ya cuenta con el abuso de superioridad del art. 22.2.^a, cuya ratio puede abarcar la inferioridad del menor de edad.

La quinta aportación, a cargo de la SÁNCHEZ-MORALES VILCHES (pp. 161-204), tiene como objeto el estudio de la especial vulnerabilidad por razón de la avanzada edad de la víctima. Sostiene, tras un detallado análisis, que la tutela penal de la víctima especialmente vulnerable por razón de la mayor edad, plantea una serie de problemas interpretativos. La alusión a la especial vulnerabilidad de la víctima, afirma con acierto, es vaga e incierta, lo cual dificulta determinar el fundamento y alcance de la circunstancia agravante. De acuerdo con los estudios de victimización presentados en el trabajo, la autora advierte que cada vez son más frecuentes los delitos patrimoniales cometidos abusando de la vulnerabilidad de los ancianos, para los cuales, paradójicamente, no se prevé expresamente la agravación. Además, sostiene que, aparte de la referencia a la edad como factor de vulnerabilidad de la víctima, existen referencias «materialmente análogas» que incorporan un idéntico desvalor, así la discapacidad o la enfermedad, tal y como avala la jurisprudencia recogida en el trabajo. Concluye que la especial vulnerabilidad por razón de la mayor edad no puede presumirse a partir del dato objetivo de la edad, sino que será preciso «una interpretación contextualizada y teleológica, atenta al bien

jurídico protegido en cada figura penal y coherente con las razones que fundamentan la tutela penal reforzada de estas personas» (p. 186).

En su aportación, TAPIA BALLESTEROS (pp. 205-220) ofrece un interesante análisis sobre la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad. La autora comienza su análisis con el estudio del concepto de «discapacidad» previsto en el Código Penal y su evolución, y lleva a cabo un examen crítico de su reforma en 2015. Fruto de esta, el art. 25 del Código diferencia entre «discapacidad» y «persona con discapacidad necesitada de especial protección», haciendo referencia a dicha circunstancia de una forma un tanto confusa. Como bien refleja, en los casos de «enfermedad», la situación es similar, pues ni siquiera existe una definición de enfermedad en el Código y los tipos penales hacen alusión de forma variada a la misma como factor de vulnerabilidad.

La aportación de GUTIÉRREZ PÉREZ (pp. 221-244) aborda con exhaustividad los problemas que plantea el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 del Código Penal. En este original estudio, la autora avala la incorporación de la vulnerabilidad como excepción a la excusa de parentesco en los delitos patrimoniales del art. 268, instituto que viene siendo duramente criticado por la doctrina. A pesar de ello, se señalan no pocos obstáculos interpretativos fruto de la vaga y confusa tutela penal de la vulnerabilidad. Frente a ello, avanza un interesante «test de vulnerabilidad» (posteriormente desarrollado por MOYA GUILLEM) a efectos de la aplicación del art. 268: i) se debe atender a si la víctima reúne alguna de las circunstancias aludidas por el legislador como fuente de vulnerabilidad (así, la edad, discapacidad o enfermedad); ii) posteriormente se debe verificar si la víctima fue capaz de resistirse, en el caso concreto, al ataque patrimonial.

Sobre la especial vulnerabilidad de la víctima desde el punto de vista del proceso penal español trata la octava aportación, firmada por DURÁN SILVA (pp. 245-282). El Derecho Procesal Penal es, probablemente, la disciplina que más se haya visto sometida a profundas reformas bajo el paradigma de la vulnerabilidad, destacando principalmente el Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, el régimen procesal de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, y algunos preceptos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. La autora realiza un brillante recorrido por tales normas procesales, a partir del cual resalta dos puntos ciertamente problemáticos: la indeterminación del concepto de vulnerabilidad y la sistemática utilizada para la protección de tales víctimas en el proceso penal. Concluye que las normas procesales permiten una graduación de la vulnerabilidad de las víctimas menores de edad y con discapacidad, a fin de evitar la victimización secundaria. Sin embargo, la indeterminación de los conceptos y criterios utilizados por el legislador entorpece la aplicación de tales normas.

La última aportación es de MOYA GUILLEM, directora de la obra colectiva (pp. 283-318). La autora lleva a cabo una exposición de las «cuatro dimensiones de la vulnerabilidad», esto es, la protección que el sistema de justicia penal ofrece a la víctima vulnerable. Primera, la prevención a través de políticas públicas de seguridad. Segunda, la prevención de la victimización a través de la pena. En este punto, con gran acierto, señala que «los preceptos que se refieren a grupos vulnerables estarían protegiendo a las minorías y colectivos socialmente discriminados frente a las más severas manifestaciones de desigualdad, mientras que, la protección penal de personas vulnerables perseguiría el amparo frente a aquellas situaciones en las que el bien jurídico-penal se encuentra más expuesto» (p. 292). Tercera, la prevención de la victimización secundaria. Y

cuarta, la reparación de la victimización. A su vez, afirma que el fundamento, de igual manera que sostenía SANDOVAL, reside en un mayor contenido del injusto y, más específicamente, en el mayor desvalor de acción, debiendo ser el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad necesariamente abarcada por el dolo del autor. Finalmente, ofrece una serie de propuestas que, como se ha visto, son más que necesarias ante semejante caos jurídico. Por un lado, propone un «test de especial vulnerabilidad», consistente en evaluar si la víctima fue capaz de resistirse a la agresión o, en su caso, fue capaz de huir. Por otro lado, señala una interesante propuesta *lege ferenda*, a fin de clarificar y mejorar la tutela penal reforzada de tales víctimas, como sería la incorporación de una circunstancia genérica de vulnerabilidad en el art. 22 del Código Penal, que prevea una consecuencia penológica más grave que las restantes, como así ocurriría con el régimen penológico previsto para la multirreincidencia en el art. 66.1.5.º del Código Penal.

Como se puede observar, la obra expone con detalle todos los desafíos penales que conlleva la agravante de la especial vulnerabilidad. A pesar de ello, quisiera detenerme en un punto que, a mi modo de ver, requeriría de mayor explicación, como es el fundamento de la tutela penal de las víctimas especialmente vulnerables. La delimitación del fundamento material es un paso inexcusable en la labor interpretativa de esta figura. Se deben tener claras las razones por las que se debería agravar la responsabilidad penal en estos casos, para después trazar su ámbito de aplicación con cierta precisión y claridad. Tal vez, esta parte de la obra podría haber sido objeto de un mayor desarrollo. En las siguientes líneas expondré, brevemente, tal parecer.

La discusión sobre el fundamento de las circunstancias agravantes es un clásico en el Derecho Penal español. En la doctrina se pueden encontrar las siguientes posturas al respecto: i) quienes consideran que todas las circunstancias agravantes se justifican en un mayor contenido del injusto, pues la culpabilidad sólo opera como mecanismo de atribución del injusto a su autor (como imputación personal); ii) quienes consideran que sí puede haber agravantes que se justifiquen en un mayor contenido del injusto y/o en un mayor reproche culpabilístico (esta postura ha sido mantenida tradicionalmente por el Tribunal Supremo a propósito de la alevosía); y iii) quienes entienden que la pretensión de que todas las circunstancias agravantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad, ha de ser abandonada. Esto último se debe a que los conceptos de antijuricidad o culpabilidad son discutidos y, además, puede suceder que el fundamento de alguna circunstancia agravante resida en razones de política criminal, es decir, en la función o fin que quiera darse por el legislador al mayor castigo penal.

En sus contribuciones, los autores de esta obra sostienen que el fundamento de la agravante en razón de la especial vulnerabilidad de la víctima se encuentra en el mayor contenido del injusto, dada la mayor exposición de los bienes jurídicos a la que se enfrentan estas víctimas. Aun cuando los autores puedan estar en lo cierto, no creo que se pueda zanjar tan fácilmente (o, al menos, sin dar mayores razones) la posibilidad de valorar otras alternativas.

Una alternativa, de acuerdo con cierto sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia, sería la justificación del mayor castigo en razón de la perversidad mostrada por el autor en el aprovechamiento de la especial vulnerabilidad de la víctima, con el fin de favorecer o facilitar la comisión del hecho delictivo. MOYA GUILLEM rechaza esta opción, pues entiende que «incluso el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad formaría parte del dolo inherente al subtipo cualificado» (p. 305). Esta postura necesitaría de una mayor explicación. Con independencia de que se trate de un fundamento u otro, el dolo del autor debe abarcar la especial vulnerabilidad de la víctima. De lo contrario, estaríamos ante casos de responsabilidad puramente objetiva, lo

cual debe rechazarse en favor del principio de culpabilidad (aspecto este, por cierto, que no se aprecia como merecería en la jurisprudencia, pues se observan casos en los que se presume el dolo del autor). A partir de ahí (probado el dolo del autor), lo relevante sería valorar la actitud mostrada por este con respecto a la vulnerabilidad de la víctima en el momento de los hechos, y constatar si merece un mayor reproche penal. A esta postura podría objetarse la supuesta *eticización del juicio de culpabilidad* incompatible –tal y como señala frecuentemente la doctrina– con nuestro Derecho Penal. Un abordaje más detallado de estos planteamientos podría haber enriquecido la discusión señalada en la obra.

En definitiva, la discusión sobre el fundamento de las agravantes es complejo, principalmente porque se necesita de un detenido estudio sobre las categorías de antijuricidad y culpabilidad. Probablemente esta dificultad haya sido tenida en cuenta por los autores. Sin embargo, se ha echado en falta un mayor desarrollo en su exposición para, posteriormente, entrar a analizar el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante.

Con todo ello, como ya se adelantó al inicio de esta reseña, la obra aborda de forma clara, detallada y rigurosa los problemas político-criminales, penales y procesales que plantea la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin duda, la oportunidad del tema, su elocuente desarrollo interdisciplinar y las propuestas ambiciosas pero realistas aquí expuestas, son seña de una obra imprescindible para el desarrollo de cualquier investigación sobre la materia.

InDret

4.2023

Ramón Ragués i Vallès, La prisión provisional como ultima ratio, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas

Rolando Márquez Cisneros
Universidad de San Martín de Porres (Perú)
rm@marquezcisneros.com

-

La obra de Ramon RAGUÉS I VALLÈS, catedrático de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona-España), plasma sus reflexiones sobre la prisión preventiva a partir de, como él mismo señala, sus distintos encuentros con esa medida cautelar, en su actuación como magistrado, consultor académico e investigador.

En su obra, concretamente en el capítulo I, el autor expone la situación actual de la prisión preventiva y afirma que su (práctica) desaparición parece ser algo que se puede alcanzar hoy (p. 22). No estoy seguro de esto. Lo que veo en la actualidad es que el populismo punitivo campea cada vez más y, con ello, un uso frecuente, cada vez mayor, de la prisión preventiva. Esto me lleva a creer, muy a mi pesar, que estamos lejos de erradicar esa medida restrictiva. Parece que RAGUÉS de alguna manera también piensa esto último cuando señala que hay una relajación de los poderes públicos en la reducción del recurso a la prisión preventiva (p. 22).

El autor afirma, y estoy de acuerdo con ello, que una forma de acabar con el uso irracional de la prisión preventiva es saber el contenido de las resoluciones judiciales que la decretan, para así controlarlas. Sin embargo, discrepo cuando señala que la sola publicación de datos comparativos entre órganos judiciales permitiría detectar quién de los comparados abusa del empleo de la prisión preventiva (p. 32). Discrepo porque no se puede afirmar, por ejemplo, que el juzgado que decretó cien prisiones preventivas, en las cien solicitudes que sobre esa medida hizo la Fiscalía, emplea de forma abusiva esta medida cautelar, respecto del juzgado que, de cien solicitudes, sólo la decretó en veinte. Es necesario analizar los fundamentos de cada resolución, una por una. Tras ese análisis, es posible concluir que el juez decidió las cien prisiones preventivas en casos en los que estaba plenamente justificada. No basta, insisto, la mera publicación del número de prisiones preventivas acordadas por cada juzgado.

En lo que toca a la prisión preventiva como equivalente funcional de la pena privativa de la libertad, RAGUÉS afirma que, como esa medida cautelar anticipa los efectos inherentes a la pena, los poderes públicos se ven muy tentados a emplear la prisión provisional; por eso, señala, para intentar vencer esa tentación cabe recurrir a los riesgos que, para la credibilidad del sistema judicial, implica absolver a quien ha pasado un tiempo encarcelado de modo preventivo (p. 41). Según entiendo, para el autor, el perjuicio que podría sufrir la reputación de la judicatura, si se absuelve a alguien privado provisionalmente de su libertad, es un factor que motiva a los jueces a no decretar esa medida cautelar. En efecto, no descarto que algunos jueces así piensen. El problema que advierto es que también puede haber jueces que, para evitar el desprestigio del Poder Judicial que implica absolver a quien ha estado preventivamente privado de su libertad,

acaben luego condenándolo, tentación de condena que puede ser mayor en casos en los que el ciudadano lleva mucho tiempo privado provisionalmente de su libertad.

Aunque RAGUÉS no lo diga expresamente, de algunas partes de su obra, como cuando cita el caso de *La Manada* (p. 182), se advierte que el primer presupuesto de la prisión provisional, a saber, que los hechos revistan caracteres de delito de una cierta gravedad, para él, no es determinante al momento de acordar esa medida cautelar. De forma acertada señala que el principio de lesividad juega aquí un rol fundamental (p. 52). En efecto, no se puede decretar la prisión preventiva, por mucho que concurren sus tres presupuestos, si el delito que se imputa reviste escasa dañosidad social. En esta línea de recurrir a las garantías clásicas del Derecho penal para sustentar sus ideas, al autor afirma, también con acierto, que, aunque concurren los presupuestos para decretar la prisión provisional, el principio de legalidad permite al juez imponer una medida no prevista expresamente en la ley, pero menos lesiva de la libertad (p. 64). Ese planteamiento es correcto pues, si se considera que el fundamento del principio de legalidad es la libertad personal, mal se haría en exigir que una medida que favorece la libertad, porque la restringe menos, deba estar expresamente prevista en la ley.

Respecto de los daños que la prisión preventiva causa al sujeto, adicionales a la pérdida de su libertad ambulatoria, RAGUÉS entiende que el derecho de defensa es uno de los más afectados porque, estando en prisión, el acceso a los medios de prueba se torna más difícil, afectación que se agrava en los casos en los que la búsqueda de pruebas es más efectiva si la realiza el propio investigado (p. 85). Sobre este punto, llama la atención que el autor no mencione que el conferenciar con el abogado es también una expresión del derecho de defensa que resulta lesionada cuando se padece la prisión preventiva. Desde mi punto de vista, las dificultades para entrevistarse con el abogado cuando se está en prisión provisional son el principal escollo pues, a diferencia de la búsqueda de pruebas por el propio investigado que, según el mismo autor, no es necesaria en todos los casos, sí resulta imprescindible, en todo proceso, que el investigado mantenga comunicación directa y constante con su abogado defensor para diseñar la estrategia de defensa. Es cierto que luego RAGUÉS menciona que la prisión provisional causa mayores problemas para conferenciar con el abogado (p. 196); sin embargo, más adelante, cuando nuevamente se refiere a las afectaciones al derecho de defensa que origina la prisión provisional (p. 204), nada dice sobre las trabas a la defensa letrada que ocasiona la prisión provisional. En consecuencia, no advierto en la obra un reconocimiento categórico de los problemas que genera la prisión preventiva al derecho del investigado de entrevistarse con su abogado.

A RAGUÉS le sorprende que mientras el riesgo de alteración de pruebas supone para el procesado la pérdida de su libertad, si es él la fuente de donde emana esta amenaza, la realización de actos ejecutivos que materializan ese riesgo, cuando son realizados por un tercero, sólo implica para éste la apertura de un proceso penal (p. 116). Según advierto, el autor no encuentra explicación a estas consecuencias dispares. Desde mi punto de vista, la razón de este tratamiento diferente puede encontrarse en el «deber especial» que tiene el investigado, en virtud del cual debe observar un comportamiento del que no se vislumbra un riesgo de alteración de pruebas, salvo que quiera perder su libertad, a diferencia del tercero, que no tiene ese deber y por eso se le exige algo más para que se active la consecuencia en su contra, a saber, que realice actos ejecutivos de alteración.

En cuanto al riesgo de reiteración no referido a la misma víctima, RAGUÉS afirma que este riesgo se verifica, también, en los casos de criminalidad organizada (p. 127). Pienso que esta afirmación

es válida sólo si se está ante supuestos de organizaciones criminales que hubieren ya ejecutado su programación delictiva. En efecto, si se considera que los delitos asociativos se configuran sin necesidad de que se haya siquiera comenzado a ejecutar los ilícitos que conforman el proyecto criminal, no cabe hablar de reiteración delictiva en los casos donde los investigados conforman una organización que aún no ha empezado a cometer sus delitos-fin.

Refiriéndose a las finalidades de dudosa legitimidad, el autor menciona el evitar los contagios de COVID-19 como justificante de la prisión preventiva (p. 133). Su punto de vista es acertado pues el evitar tal infección nada tiene que ver con asegurar la presencia del investigado en el proceso, siendo ese cuestionable propósito, más bien, un factor que debería llevar a no acordar la prisión preventiva, tanto más si se considera que, en el caso citado (nota 93, p. 133), se decretó esta medida porque el investigado expresamente tosía y escupía a personas y alimentos expuestos, como si la prisión preventiva pudiese realmente anular una conducta de esta naturaleza y, con ello, evitar el riesgo de contagio.

En lo que atañe al carácter más o menos reversible de la materialización del riesgo, RAGUÉS afirma que cuando las consecuencias de la concreción del riesgo tienen una alta probabilidad de ser irreversibles para el buen fin del proceso, entonces la necesidad de la prisión provisional es mayor que cuando el perjuicio causado por ese riesgo sea reversible (p. 177). A reglón seguido señala, como ejemplo, que no supone el mismo riesgo que el investigado huya a un país donde fácilmente puede ser detenido, que si fuga a un lugar del que no puede ser extraditado. Pareciera que, para al autor, en el primer supuesto no se debe acordar la prisión preventiva y, en cambio, sí en el segundo. No me queda claro que, si concurren evidencias de que se producirá la huida a un país donde el imputado puede ser detenido, no deba acordarse la prisión preventiva. En todo caso, pienso que se deben analizar las circunstancias que rodean el caso concreto y considerar otros factores pues, para mí, es perfectamente posible que el investigado, pese a que puede huir a un país de donde puede ser extraditado, evada la justicia con eficacia, esto es, impida en la práctica su extradición, porque, por ejemplo, cuenta con recursos económicos que le permitirán mantenerse oculto en ese país. En esta línea, aunque para RAGUÉS es menos probable que fugue al extranjero un investigado con hijos pequeños a su cargo y a los que dejará de ver durante mucho tiempo, razonamiento que es correcto, también es cierto que las circunstancias concretas pueden indicar que la probabilidad de fuga es alta si, por ejemplo, el investigado empezó a indagar sobre los requisitos de admisión de escuelas ubicadas en el extranjero, que no serían sino para sus hijos pequeños.

En coherencia con el carácter de *ultima ratio* de la prisión preventiva, RAGUÉS señala que ésta sólo podrá decretarse de forma válida si se comprueba que una medida menos lesiva, como el alejamiento de la víctima, ha fracasado (p. 188). Esto ciertamente es correcto. No obstante, no puedo dejar de pensar en supuestos en los que es prácticamente imposible constatar el cumplimiento o incumplimiento de la medida de alejamiento, debido a lo apartado del lugar donde radican el investigado y la víctima o por falta de asignación de recursos públicos que permitan hacer el seguimiento a esos casos ¿corresponde dictar prisión preventiva en estos supuestos para proteger a la víctima? ¿tiene el investigado que soportar la prisión preventiva porque no se han asignado recursos que permitan comprobar que él cumple la medida de alejamiento? Estas interrogantes no son fáciles de contestar. Si la respuesta es sí, se carga al investigado las deficiencias del Estado. Si la respuesta es no, incluso la vida de la víctima puede correr grave peligro.

Un punto que me parece importante y que RAGUÉS destaca en su obra es el mayor perjuicio que a la persona causa la prisión preventiva respecto de la pena privativa de la libertad (p. 193), sobre todo en los investigados que luego son absueltos. Como describe el autor, la estigmatización que produce la prisión provisional en estos sujetos es de tal magnitud (piénsese que materialmente la persona estuvo en la cárcel y que la ciudadanía no distingue entre preso preventivo y condenado) que debe llevar a que dicha medida cautelar sea realmente tratada como reza el título de la obra: como *ultima ratio*.

Puesto que la afectación que causa la prisión preventiva a los derechos fundamentales (como la presunción de inocencia) es mayor que la que genera la pena, RAGUÉS propone una interesante regla de compensación, donde 1 día de prisión preventiva equivale entre 1.1 días de pena privativa de la libertad, en casos en los que tal afectación sea mínima, hasta los dos días de pena privativa de la libertad, en supuestos en los que tal afectación sea máxima (p. 205). Esta regla flexible, así la llama el autor, me parece acertada. Ahora, en tanto regla, tiene excepciones, como la referida a mantener el uno por uno cuando el sujeto, con su propio comportamiento, ha provocado la aplicación de la prisión provisional (p. 206). Sin embargo, esta no sería la única excepción a la regla flexible. Pienso en el caso del sujeto preso en una investigación por delito de secuestro seguido de muerte y en el que se logra recopilar abundante material probatorio de cargo con el que luego es condenado, descartado los problemas de acceso a un abogado defensor. No tengo claro que, en ese supuesto, la afectación «formal» a la presunción de inocencia (mientras estuvo sin condena) deba conllevar la aplicación de la regla del 1 por 1.1. No alcanzo a ver afectación a otros derechos fundamentales del investigado. No encuentro razón para tener que aplicar, en ese caso, una regla distinta del uno por uno.

El autor, en una de sus conclusiones, afirma que la prisión preventiva debe quedar reservada para los casos excepcionalmente graves y con muy elevado riesgo procesal (p. 215). El problema está en qué se ha de entender por casos excepcionalmente graves. Más allá de que existen delitos cuya especial lesividad es percibida por todos o por la persona promedio (por ejemplo, asesinatos, secuestros), el juez, con una fórmula como la que plantea el autor, construida con términos imprecisos, sigue teniendo margen para determinar qué conducta es gravemente lesiva, pudiendo incluso llegar a ser arbitrario (aparece aquí la importancia de publicar de las decisiones judiciales, p. 32). Pareciera que este riesgo de arbitrariedad puede reducirse, siquiera en algo, con el establecimiento de un mínimo de pena privativa de la libertad por debajo del cual no procede, en ningún caso, acordar la prisión provisional, conforme ya reconocen casi todos los ordenamientos jurídico-procesales democráticos del mundo.

En la parte final de su obra, RAGUÉS, entre otras propuestas, señala que es importante conocer las condiciones en las que se aplica la prisión preventiva para reducir su empleo en cualquier país (p. 223). Yo agregaría que también es importante conocer las condiciones en las que se ejecuta tal medida cautelar, me refiero a las condiciones carcelarias de cada país, para que la prisión preventiva verdaderamente se conciba como *ultima ratio*. En efecto, sólo si se es consciente de las precarias condiciones de muchas cárceles del mundo se entenderá que una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva no puede ser sino subsidiaria de otras medidas menos gravosas.

Aunque para RAGUÉS tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial, cada uno desde sus respectivas funciones, son los llamados a efectivizar el carácter de *ultima ratio* de la prisión preventiva, pienso que si a esta medida cautelar, hoy por hoy, le queda mucho por recorrer para

que se haga realidad su condición de último recurso, ello obedece, en esencia, a problemas de aplicación de preceptos y no tanto a vacíos legales. Los problemas de la prisión preventiva no son, pues, desde mi punto de vista, distintos de los que generan tipos penales como los de organización criminal (art. 570 bis CP), a los que se suele recurrir de modo casi automático cada vez que hay un grupo de personas que delinque de forma más o menos organizada. En resumen, es la incorrecta interpretación de sus presupuestos y de su finalidad, por parte del órgano jurisdiccional, lo que, en definitiva, hace que en la actualidad la prisión preventiva no sea la *ultima ratio* de las medidas cautelares personales.

Para finalizar, a modo de valoración general, la obra de RAGUÉS destaca por su claridad expositiva y por la visión humana con la que aborda la prisión preventiva. El autor busca que se reconozca que quien padece tan grave medida cautelar es –¡también! – una persona, lo que me parece acertado, incluso esencial, para materializar la condición de último recurso de la prisión provisional.