

ACTAS DE LA JORNADA LA VULNERACIÓN DE LA NORMA. ESTUDIOS JURÍDICOS

Directora: Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. Secretario: Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

LA VULNERACIÓN DE LA NORMA. ESTUDIOS JURÍDICOS

Miércoles 20 de septiembre 2023

Aula 168 Edificio Departamental

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Campus de Vicálvaro-Madrid

Dirección: Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez

Secretario: Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DE LA JORNADA LA VULNERACIÓN DE LA NORMA. ESTUDIOS JURÍDICOS

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL, págs. 5-6.

I. LA VULNERACIÓN DE LA NORMA: TRES CASOS PRÁCTICOS DE ACTUALIDAD

1. AURELIO DE PRADA GARCÍA. Vulnerando y no vulnerando normas jurídicas: *Los jueces (humanos y robots) y el principio de no contradicción*, págs. 8-10.

2. MIGUEL CUERDO MIR y MANUEL BLANCA ARROYO. Aspectos económicos de la vulneración de la norma en Derecho de la Competencia: *el caso HSBC*, págs. 11-18.

3. PABLO JAVIER FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO. Constitución española de 1978 y religiones paródicas, págs. 19-23.

II. TRES ESTUDIOS DE VULNERACIÓN DE LA NORMA A LA LUZ DE LA HISTORIA Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. M^a. ÁNGELES CANO LINARES. Medidas restrictivas de la Unión Europea contra Rusia por la agresión a Ucrania, págs. 25-30.

2. JESÚS MARÍA NAVALPOTRO SÁNCHEZ-PEINADO. El decurso histórico del delito de sedición: una visión crítica, págs. 31-38.

3. GABRIELA C. COBO DEL ROSAL PÉREZ. La acogida por parte de la doctrina del Código Penal de 1928 de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930), págs. 39-43.

III. LA VULNERACIÓN DE LA NORMA DESDE UNA OPTICA MULTIDISCIPLINAR: DERECHO PENAL, INTERNACIONAL E HISTORIA DEL DERECHO

1. JUAN EMILIO SUÑÉ. Lucha contra el crimen organizado transnacional, págs. 44-50.

2. ALICIA DUÑAITURRIA LAGUARDIA. La vulneración del Derecho y su reflejo literario, págs. 51-58.

3. ANA I. CARRERAS. La reforma del delito de trata en España, págs. 59-63.

4. LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN. Aproximación al delito de estafa: concepto, elementos y bien jurídico protegido, págs. 64-70.

PRESENTACIÓN DE LA JORNADA

“LA VULNERACIÓN DE LA NORMA. ESTUDIOS JURÍDICOS”

Quisiera iniciar la presentación que precede a la publicación de este encuentro entre profesores a través de las Actas de la Jornada celebrada el día 20 de septiembre con unas palabras de agradecimiento dirigidas a la Universidad Rey Juan Carlos. Sin su promoción y sin su especial esmero por preservar un espacio de libertad de cátedra entre sus docentes ésta no habría podido celebrarse. La presente Jornada se celebra en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos con el propósito de poner en común las investigaciones verificadas desde distintas ramas del saber jurídico en torno al modo en que el Derecho reacciona ante la vulneración de la norma. Finalmente, no hubo concurrencia de alumnos y se trató de un encuentro entre profesores participantes en la obra colectiva en la que todos estamos trabajando. Los temas seleccionados por los participantes desde se abordan aquí desde un prisma interdisciplinar y amplio del Derecho que alimenta y enriquece el conocimiento jurídico. Los ponentes se han regido en la selección de los temas por seguir un criterio de marcada actualidad. Ello ha sido así, por más sorprendente que pudiera resultar incluir entre los participantes algunos que parten de un prisma histórico o filosófico, más allá de algunos participantes en sus títulos parecen remitirse exclusivamente al pasado. Cabe por ello sintetizar que son dos los factores comunes a todos los trabajos: el modo en que el Derecho, entendido en su sentido amplio, -es decir, el que incluye a la Ley, la doctrina y la jurisprudencia-, reacciona ante la vulneración de la norma y, en segundo lugar, la vigencia de los temas que aquí se han tratado.

Se propusieron en la Jornada temas de interés actual que se recogen siguiendo las distintas ramas del saber representadas por orden alfabético: Derecho Constitucional: Pablo Javier Fernández de Casadevante Mayordomo, “Constitución española de 1978 y religiones paródicas”; Economía de la Empresa: Miguel Cuerdo Mir, “Aspectos económicos de la vulneración de la norma en Derecho de la Competencia: *el caso HSBC*”; Filosofía del Derecho: Aurelio de Prada García, “Vulnerando y no vulnerando normas jurídicas: *Los jueces (humanos y robots) y el principio de no contradicción*”; Historia del Derecho: Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez, “La acogida por parte de la doctrina del Código Penal de 1928 de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera”; Alicia Duñaiturria Laguarda “La vulneración del Derecho y su reflejo literario” y Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, “El decurso histórico del delito de sedición: una visión crítica”; Derecho Internacional público: M^a Ángeles Cano Linares, “Medidas adoptadas por la Unión Europea frente a la vulneración de su régimen sancionador contra Rusia”; Ana I. Carreras, “La reforma del delito de trata en España” y Juan Emilio Suñé “Lucha contra el crimen organizado transnacional”; Derecho Penal: Leyre Sáenz de Pipaón, “Aproximación al delito de estafa: concepto, elementos y bien jurídico protegido”.

En el propósito de favorecer la presencialidad del encuentro entre los participantes y dado que el carácter multidisciplinar lo permitía, el orden que se siguió a

la hora de abordar los temas tratados quedó condicionado por las posibilidades reales de presencialidad de los participantes, dejando para una última mesa aquellas participaciones virtuales y entrega de Actas de los que no pudieron participar de forma virtual. En todo caso, se logró organizar en secciones temáticas comunes también, dada la coherencia en selección de los temas por parte de los ponentes en conformidad los criterios comunes anteriormente mencionados.

Las contribuciones presentadas en la Jornada “La vulneración de la norma. Estudios jurídicos” celebrada el 20 de septiembre de 2023 constituyen la primera fase de una obra colectiva con la editorial Dykinson S.L..

20 de septiembre de 2023, San Eustaquio de Roma.



**I. LA VULNERACIÓN DE LA NORMA: TRES CASOS
PRÁCTICOS DE ACTUALIDAD**

VULNERANDO Y NO VULNERANDO NORMAS JURÍDICAS.

Los jueces (humanos y robots) y el principio de no contradicción¹

Aurelio de Prada García²

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

(Universidad Rey Juan Carlos)

aurelio.depradal@urjc.es

El tema de la norma jurídica y su vulneración es uno de los centrales de la teoría y práctica jurídicas en cuanto que involucra otras muchas cuestiones. Entre ellas y en lo que aquí respecta, la de quién, -y cómo-, decide si una norma jurídica ha sido o no violada; esto es, la cuestión de los operadores jurídicos por antonomasia: los jueces, con todo lo que ello comporta: cómo se determina quiénes son los jueces, qué normas deben seguir en su actuación....

Ni que decir tiene que, en ocasiones, son los propios jueces quienes, actuando como tales, violan, presuntamente, normas jurídicas. Supuesto para el que suelen estar previstas normas en las que se establecen quienes serían los jueces competentes para decidir si se ha producido o no esa vulneración y derivar, en su caso, las consecuencias pertinentes. Jueces competentes que cabe sean los propios jueces presuntamente violadores de normas jurídicas que decidirían entonces sobre sí mismos. Una decisión en primera instancia, por así decirlo, toda vez que, en cuanto que afecta al principio “nemo iudex in causa propria”, suele ser susceptible de revisión por parte de jueces superiores.

Pues bien, en esta comunicación analizaremos un caso de violación evidente, -de hecho, fáctica, empíricamente comprobable-, de normas jurídicas por parte de determinados jueces que, sin embargo, no fue considerada como tal

¹ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Aurelio de Prada García. Doctor en Derecho por la UCM y en Filosofía por la UVA. Profesor en la UCM, UNED, UB y actualmente Titular de Filosofía del Derecho en la URJC. Estancias de investigación: Universidade de Coimbra, National Taipei University, La Sapienza, Georg August Universität Göttingen, Tor Vergata y Javeriana de Santiago de Cali (Colombia). Entre sus publicaciones de los últimos años pueden destacarse: Greta y el Leviatán. (2023); De ‘individuo’ a ‘uno de nosotros’: El contrato social de Rousseau y el prejuicio individualista no percibido. (2023); El proceso de Sócrates: Del «nosotros» al «yo». (2022); Entre comunitarismo y liberalismo: la ciudadanía global. (2021); Derecho y racionalidad: Materiales para una teoría de las decisiones jurídicas (2020); ¿Nadas en busca de nombre? Coriolano, nosotros (2019) y Democracy and Climate Change: A Confucian Proposal (2018).

violación ni por los mismos jueces que la habrían presuntamente cometido ni por los jueces competentes superiores que, a raíz de los correspondientes recursos, validaron su decisión.

Todo ello supondría, como aquí defenderemos, que los jueces tienen el poder de violar uno de los principios básicos del pensamiento racional: el principio de no contradicción, según el cual algo no puede ser y no ser al mismo tiempo; violar y no violar una norma jurídica al mismo tiempo, en el caso que nos ocupa. Un principio que fue considerado como el primero, como el más firme de todos los principios lógicos por Aristóteles en el libro IV de la *Metafísica*.

Ahora bien, ese poder, esa omnipotencia de los jueces que les permitiría vulnerar y no vulnerar normas jurídicas al mismo tiempo y que les equipararía a dioses en el sentido de Occam, no sería, como asimismo defenderemos aquí, admisible en un estado democrático de derecho con división de poderes e imperio de la ley. Por ello, tras desechar otras posibilidades, como el recurso a la llamada “ética judicial” o a un pretendido “derecho a los hechos”, y a la vista del desarrollo de la inteligencia artificial, propondremos como solución posible la implementación de jueces robot, -de “inteligencia judicial” si se prefiere-, que controlen el respeto de los requisitos lógicos y legales básicos por parte de los jueces humanos al dictar sentencia. Requisitos entre los que figuraría, desde luego, el principio de no contradicción.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1982.
- Cárdenas Krenz, R. “¿Jueces robots? Inteligencia artificial y derecho.” *Revista Justicia y Derecho*, 4(2).2021.
- Carretero Sánchez, S. *La responsabilidad del Estado en sus nuevos frentes: Sanitario, alimentario, energético y de inteligencia artificial*. Colex, Madrid 2023.
- Domínguez barragán, M.L. (Coord.), *La tecnología y la inteligencia artificial al servicio del proceso*. Colex, Madrid, 2023.
- Gómez Colomer, J.L., JUECES ROBOT. *La independencia judicial en peligro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Muñoz de Baena y Simón, J.L. *Apocalipsis identitarios: Filosofía Queer y nominalismo posmoderno*. Síndéresis, Madrid 2022.
- Prada García, A. de, Por una reforma del derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales: A propósito de dos sentencias de la Audiencia Nacional y una

providencia de inadmisión del TC. *Boletín de Ministerio de Justicia*. Año LXX, n. 2193, noviembre de 2016. www.mjusticia.es/bmj



ASPECTOS ECONÓMICOS EN LA VULNERACIÓN DE LA NORMA EN DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL CASO HSBC³

Miguel Cuerdo Mir.

Profesor Titular de Economía de la Empresa.

miguel.cuerdo@urjc.es

Manuel Blanca Arroyo.

Profesor Contratado Doctor de Economía de la Empresa.

manuel.blanca@urjc.es

(Universidad Rey Juan Carlos)

1. INTRODUCCIÓN

Un expediente administrativo de vulneración de las normas de competencia en la Unión Europea plantea algunas cuestiones de interés suscitadas por la propia aplicación de un derecho administrativo sancionador tan especializado. Los autores proponemos en el presente análisis una revisión de una decisión administrativa de la Comisión Europea, sustanciada como Caso AT. 39914 – *Derivados de tipos de interés en euros*, de fecha 7 de diciembre de 2016.

El interés de la misma, en términos de un estudio jurídico de vulneración de la norma, aparece porque la decisión administrativa sancionadora ordinaria va precedida de un proceso sancionador de transacción, de manera que la vulneración de la norma se bifurca en dos expedientes distintos, casi paralelos pero con dos resultados y consecuencias jurídicas y sancionadoras también distintas, que van a ser cuestionados en su totalidad por los encausados al considerar infringidos derechos fundamentales de las empresas, como el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a una buena administración.

Por otra parte, como en otros tantos expedientes sancionadores, en éste se renueva la interpretación jurisprudencial de los jueces europeos acerca de lo que es una vulneración de la norma por el objeto; de la misma manera que se refuerza la concepción de una vulneración de la norma de competencia mediante una conducta infractora que se considera única, a pesar de que coexistan varios hechos infractores y continua en el tiempo, fundamentos, entre otros, de la consideración de una conducta colusoria que alcanza la categoría de cártel.

Además, el análisis tiene el interés de tratar de clarificar cómo los cartelistas intentan la colusión en mercados tan poco transparentes, heterogéneos y especializados como los mercados de derivados financieros.

³ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

2. ALGUNOS ASPECTOS ECONÓMICOS DESTACADOS DEL CASO

Con el fin de comprender mejor el mercado en el que se produce la vulneración de la norma de competencia, hay que señalar que se trata de los denominados Derivados de Tipos de Interés en Euros (en inglés, *Euro Interest Rate Derivatives* o su acrónimo, EIRD)⁴. En la resolución se manejan algunos de mercados de derivados más comunes; concretamente:

1. **Acuerdos de tipos de interés a plazo** (*Forward Rate Agreement*, FRA). Son acuerdos entre dos partes sobre el tipo de interés que se pagará en una fecha futura por una operación financiera. El objetivo de un contrato FRA es la protección de futuros aumentos o reducciones en los tipos de interés. Al comprador le interesa fijar un tipo concreto ante la posibilidad de que suba, mientras que al vendedor le conviene asegurar un tipo de interés mínimo o protegerse de descensos en el futuro⁵.
2. **Permutas financieras sobre tipos de interés** (*Interest Rate Swap*, IRS). El contrato de *swap* o permuta financiera de tipos de interés es un acuerdo por el que las partes se obligan, durante un periodo de tiempo determinado, a intercambiarse flujos de dinero calculados a diferentes tipos de interés, pero referenciados a la cantidad de un activo subyacente idéntico: usualmente, el importe del préstamo hipotecario⁶.
3. **Opciones de tipos de Interés**, son un contrato que establece que una de las partes está obligada a pagar a la otra una prima siempre que se dé el supuesto en el que en una o varias fechas futuras pactadas por ambos los tipos de referencia fueran superiores a los tipos de interés establecidos en el contrato de la opción. De ser así, se deberá pagar esa prima por diferencia. Generalmente, se contrata cuando se estime que los tipos de interés subirán y se busca protección frente a ello⁷.

⁴ Para hacernos una idea de los volúmenes de negocio que mueven estos mercados, según el Banco de Pagos Internacionales (en inglés, *Bank of International Settlements -BIS-*) (2018), el montante del nominal de los todos los mercados de derivados en mercados OTC (*Over The Counter*, es decir, mercados no organizados en los que las transacciones se realizan directamente entre las partes implicadas) alcanzó en la fecha de la infracción los 500 billones de dólares USA. A estos habría que añadir el montante de mercados de derivados en mercados organizados con productos de derivados estandarizados. Pues bien, los mercados de derivados de tipos de interés representaban en ese año y según la misma fuente más del 80% del total de mercados de derivados OTC.

⁵ Los FRAs pueden ser fijos o variables. Para un análisis más amplio de las características de los FRAs, pueden consultarse Eckl, S.; Robinson, J.N.; Thomas, D.C. (1990): "Financial Engineering. A Handbook of Derivative Products". Basil Blackwell, y Galitz, Lawrence (1994): "Financial Engineering. Tools and Techniques to Manage Financial Risk. Pitman Publishing. Respecto a los FRAs negociados en el mercado español, véanse Núñez, S. (1992): "FRAS, futuros y opciones sobre el MIBOR". Banco de España. Servicio de Estudios. Documento de Trabajo n° 9211. y la guía elaborada por Analistas Financieros Internacionales (1994): "Guía del Sistema Financiero Español".

⁶ Para un estudio más detallado sobre los IRS puede consultarse Evans, Ellen and Gioia M. Parente, "What Drives Interest Rate Swap Spreads", in *Interest Rate Swaps*, ed. Carl R. Bcidleman, Homewood III - Richard D. Irwin, 1991.

⁷ Un buen manual de referencia para las opciones de tipos de interés es Soldevilla García, Emilio (1997) "Opciones y futuros sobre tipos de interés a corto plazo". Pirámide.

4. **Futuros sobre tipos de interés**, son contratos estandarizados de compraventa aplazada en el que las partes, comprador y vendedor, se obligan a prestar o tomar prestado a un determinado tipo de interés en la fecha de vencimiento. Los futuros sobre tipos de interés nacen para cubrir los riesgos derivados de la variación en el tipo de interés del mercado⁸.

De acuerdo con la descripción previa, se puede colegir que todos los EIRD son productos cuyos precios dependen de tipos de interés de referencia, como puede ser el EURIBOR o el EONIA. Por tanto, los precios de estos productos financieros objeto de cartelización se basan en índices contruidos con la colaboración de los propios bancos partícipes⁹ en los cárteles, a partir del reporte de datos, estimados y no necesariamente reales, sobre operaciones interbancarias subyacentes, cuyas transacciones pueden proporcionarles un beneficio económico.

Como se decía, los propios índices de referencia sobre los tipos de interés en euros (EURIBOR/EONIA) se construyen a partir de la información que los propios bancos reportan sobre el interés que pagan en los depósitos interbancarios en euros. Aunque los cartelistas sancionados por la Comisión son sólo un 15,9% del número total de bancos que participan en el mecanismo de formación del EURIBOR, dada la magnitud de las transacciones en las que participan y su peso, su manipulación de los reportes pudo afectar de manera significativa al tipo de interés en euros calculado en un determinado momento.

En sus decisiones, la Comisión europea da extensa prueba de cómo, durante el período de infracción, los operadores realizaron un intercambio de información comercial sensible, de manera sistemática que pudo permitir la alteración efectiva de los contratos de derivados financieros¹⁰ sobre tipos de interés en euros en su beneficio, coludiendo en los cambios en el índice de referencia que más les beneficiasen. Inevitablemente, ello supone que el EURIBOR o el EONIA vigente durante el período del cártel pudo no ser el que hubiera resultado en un escenario sin infracción, gracias a ese comportamiento anticompetitivo que supone una vulneración de la norma de competencia per se.

⁸ Para ampliar conceptos sobre los futuros sobre tipos de interés se puede consultar Ayela, R. M., Universitat d'Alacant. (1997). Futuros financieros: Características, valoración y evidencia empírica. Alicante: Universidad de Alicante, y Hull, J. (2006). Options, futures, and other derivatives, sixth edition: Student solutions manual. Upper Saddle River N.J.: Pearson/Prentice Hall.

⁹ Más de 40 bancos internacionales, como bancos activos, se incorporan con sus datos a la formación de los índices de referencia citados.

¹⁰ Solamente en España, en 2022, el número de contratos de derivados de opciones y futuros a través del MEFF, el mercado español de derivados, superó los 930.000 contratos.

3. LOS FUNDAMENTOS DE LA VULNERACIÓN DE LA NORMA EN EL CASO DE LOS DERIVADOS DE TIPOS DE INTERÉS EN EUROS

Lo primero a señalar es que la resolución administrativa se recurrió y llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siguiendo el literal de la STJUE en el asunto C-883/19 P, en un recurso de casación interpuesto por HSBC ante el Tribunal de Justicia de la UE el 3 de diciembre de 2019, se solicitaba por parte de este grupo bancario, la anulación parcial de la sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 (EU: T: 2019: 675). En esta sentencia el Tribunal anulaba el artículo 2, letra b, de la Decisión de la Comisión C (2016) 8530, de 7 de diciembre de 2016, Asunto AT.39914 – Derivados sobre tipos de interés en euros. Este Tribunal desestimó el recurso en todo lo demás. La Decisión de la Comisión declaraba que las sociedades HSBC habían infringido el artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 y declaraba que estas sociedades habían participado en una infracción única y continua que tenía por objeto la alteración de la evolución normal de los precios en el mercado de los derivados sobre tipos de interés en euros [Euro Interest Rate Derivatives (EIRD)] relacionados con el tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro [Euro Interbank Offered Rate (Euribor)] o con el índice medio del tipo del euro a un día [Euro Over-Night Index Average (EONIA)] y les impuso con carácter solidario una multa por importe de 33.606.000 euros.

En primer lugar, en el caso que nos ocupa se trata de un cártel que, como la mayoría de ellos en la UE, se conoce gracias a la colaboración de uno de los cartelistas con la justicia; en concreto, el grupo bancario Barclays, aprovechando el programa de clemencia existente en el derecho comunitario de la competencia (Comunicación de la Comisión, DO 2006, C298), coopera con la investigación y consigue una inmunidad condicional, que finalmente dejó sin efecto la multa impuesta al cartelista arrepentido.

En segundo lugar, la información facilitada por Barclays permitió el desarrollo de una investigación en distintas sedes de grupos bancarios europeos y, como resultado de las pesquisas, se inicia un procedimiento de infracción contra HSBC, Barclays, Crédit Agricole, Deutsche Bank, JP Morgan, Royal Bank of Scotland y Société Générale. Sin embargo, el procedimiento sancionador en derecho de la competencia en la UE no tiene por qué tener un expediente sancionador que acabe con un pliego de cargos y una sanción, sino que, dentro del derecho sancionador de la competencia, es posible desarrollar un procedimiento de transacción (Art. 10 bis del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004)¹¹.

Efectivamente, algunos de los grupos bancarios implicados en el cártel (Barclays, Deutsche Bank, Société Générale y RBS) manifestaron su voluntad de participar en un procedimiento de estas características, mientras que otros grupos no consideraron esta

¹¹ Como dijo el Abogado General en relación con el caso ante el TJUE (Asunto C-883/19 P, p. 20), los procedimientos de transacción tienen como objetivo “simplificar y acelerar los procedimientos administrativos, además de reducir el número de recursos interpuestos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, de manera que la Comisión pueda tramitar mayor número de asuntos con los mismos recursos”. A este respecto, el Abogado General citaba la STJUE de 20 de mayo de 2015, Timab Industries y CFPR/Comisión.

posibilidad que les daba el derecho sancionador de la competencia en la UE. A resultas del procedimiento de transacción, los grupos bancarios que participaron en el mismo consiguieron importantes reducciones en las multas impuestas a los mismos. Más concretamente y de acuerdo con la Decisión de transacción de la Comisión, de 4 de diciembre de 2013, Barclays consiguió la “inmunidad completa”, RBS una reducción del 50% (pagó finalmente 131.004.000 euros), Deutsche Bank una reducción del 30% (pagó finalmente 465.861.000 euros), Société Générale una reducción del 5% (pagó finalmente 445.884.000 euros).

Por otra parte, algunos grupos bancarios no presentaron una solicitud de transacción y la Comisión continuó la investigación con inspecciones en las sedes y la expedición de un pliego de cargos contra ellos (Crédit Agricole, HSBC y JP Morgan Chase), adoptándose la Decisión por parte de la Comisión el 7 de diciembre de 2016.

La Decisión impugnada de la Comisión de 7 de diciembre de 2016 tenía el siguiente tenor:

“Artículo 1

Las siguientes empresas han infringido el artículo 101 del Tratado y el artículo 53 del Acuerdo EEE al tomar parte, durante los periodos indicados, en una infracción única y continua relativa al sector de los derivados sobre tipos de interés en euros. Esta infracción, que se extendía al conjunto del EEE, consistió en acuerdos y/o prácticas concertadas que tenían como objeto falsear la evolución normal de los componentes de los precios en el sector de los derivados sobre tipos de interés en euros:

...

b) [HSBC] del 12 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007...

Artículo 2

Las multas impuestas por la infracción a que se refiere en el artículo 1 son las siguientes:

...

b) [HSBC], solidariamente responsables: 33.606.600 euros”.

En el pliego de cargos se describen las prácticas anticompetitivas desarrolladas por los cartelistas, que coinciden con las ya señaladas en la decisión de transacción de la Comisión de 4 de marzo de 2013, a saber:

- comunicar o recibir preferencias para una fijación sin cambios, alta o baja de algunos vencimientos del EURIBOR,
- se comunicaban mutuamente o recibían información detallada que no estaba disponible públicamente sobre las posiciones de negociación o sobre las intenciones para futuras presentaciones del Euríbor a diferentes plazos,
- investigaban las posibilidades de alinear sus posiciones de negociación EIRD y de al menos una de las presentaciones futuras del EURIBOR de sus bancos sobre la base de la información intercambiada,
- contactaron con los respectivos remitentes de Euríbor del banco para solicitarles una transmisión al agente de cálculo de la FBE (Thomson Reuters) hacia una dirección determinada,
- revelaron (al menos uno) las estrategias comerciales o de precios de su banco con respecto a los EIRD,

- discutieron a posteriori los resultados de la fijación del tipo del Euríbor, incluyendo las presentaciones de bancos específicos.

Las multas ascendieron a 114.654.000 euros en el caso de Crédit Agricole, 337.196.000 euros para JPMorgan Chase y 33.606.000 euros para HSBC.

Contra esta resolución HSBC presentó recurso ante el Tribunal General europeo. El Tribunal General, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2019, decidió “anular el artículo 2, letra b), de la Decisión C(2016) 8530 final de la Comisión, de 7 de diciembre de 2016” y “desestimar el recurso en todo lo demás.

3.1. Presunción de inocencia y el derecho a una buena administración

Ante el TJUE los recurrentes plantearon una posible vulneración por parte de la Comisión de la presunción de inocencia y de los principios de buena administración, señalando que el Tribunal General en su sentencia incurrió en un error de Derecho al declarar que las irregularidades de procedimiento por parte de la Comisión solamente darían lugar a una anulación de la decisión se acreditaba que de no haberse producido estas irregularidades, dicha Decisión habría sido diferente.

El TJUE señaló que en relación con la presunción de inocencia (artículo 41, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales) se trata de un principio general del Derecho de la Unión, que cabe interpretarlo “a la luz del artículo 6, apartados 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. “Se viola la presunción de inocencia cuando una resolución judicial o una declaración oficial relativa a un acusado contiene una declaración clara, realizada sin que exista una condena definitiva, según la cual esa persona ha cometido la infracción en cuestión”. Partiendo de esta afirmación, el TJUE sigue la STJUE de 18 de marzo de 2021, Pometon/Comisión (C-440/19-P).

Se dice que cuando hay implicación de diferentes acusados que no pueden ser juzgados conjuntamente, la apreciación de culpabilidad de los acusados aboca a mencionar a terceros, en tanto que haya hechos que relacionen a los juzgados con esos terceros. En estos casos, se exige que la información dada sea la estrictamente necesaria para establecer la responsabilidad jurídica de los juzgados y que la motivación de la resolución evite en todo caso un “potencial juicio prematuro acerca de la culpabilidad de los terceros en cuestión”. En este sentido, la STJUE considera que el Tribunal General no distinguió adecuadamente entre la presunción de inocencia y el derecho a una buena administración, puesto que examinó la posible violación de la presunción de inocencia desde el punto de vista solamente de la falta de imparcialidad objetiva de la Comisión. Es decir, dado que la Comisión dictó dos decisiones tras dos procedimientos distintos, se considera que “puede ser objetivamente necesario” que para cerrar el procedimiento de transacción se aborden “determinados hechos y comportamientos relativos a los participantes en el presunto cártel que son objeto del procedimiento ordinario”, correspondiendo a la Comisión velar por la protección del principio de presunción de inocencia. Esto exige que en el recurso el Tribunal General hubiera comprobado este extremo y no debería haberse limitado “a desestimar esas alegaciones por inoperantes debido a que no se había acreditado que, de no haberse producido las irregularidades alegadas, la Decisión controvertida habría tenido un contenido diferente”, asumiendo la jurisprudencia del TJUE de la sentencia Suiker Unie en la que se señala esta afirmación en relación con una irregularidad procedimental asociada al principio de buena administración y con el fin de asegurar la imparcialidad objetiva de la Administración. Las

conclusiones del Abogado General en este sentido son muy esclarecedoras en la aplicación o vulneración de estos principios.

3.2. Infracción “por el objeto”

Una de las alegaciones de los recurrentes es la relativa a si la tentativa de manipulación del euríbor a tres meses está comprendida en la definición de infracción por el objeto. Aunque en su momento la Comisión consideró inoperante el motivo, la STJUE considera que el Tribunal General debía considerar si “esa manipulación presentaba un grado de nocividad suficiente para la competencia, habida cuenta de que, según los recurrentes, “los operadores afectados no tenían ningún interés en proponer tipos más competitivos que sus competidores”, como así pudo ocurrir. Se trata de comprobar si el grado de nocividad para la competencia es lo suficientemente alto como para que no sea necesario investigar sus efectos. Para ello se citan las SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija (C-345/14) y de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros (C-228/18), en los que se consideran elementos como el alcance y el contexto económico, la naturaleza de los bienes o servicios afectados, las condiciones de funcionamiento de los mercados y la propia estructura de mercado, etc.

No obstante, el TJUE considera que el Tribunal General dejó claro que la manipulación consistió en presentación de propuestas bajas para el euríbor a 3M con el objetivo de “obtener una ganancia en una categoría de EIRD”. Esta apreciación no ha sido rebatida por los recurrentes, subrayando que la manipulación consistía en tener una exposición compradora alta por la que el banco recibe un tipo fijo y paga el tipo variable, “haciendo descender el nivel del tipo variable en la fecha de vencimiento mediante una acción concertada”. De que era el tipo de euríbor, objeto de manipulación, el que “determinaba directamente los flujos de efectivo debidos en concepto del componente variable de los EIRD y que era igualmente pertinente para la determinación de los flujos de efectivo debidos en concepto del componente fijo de los EIRD”. En definitiva que la calificación de infracción por el objeto de dicha manipulación reside en “una restricción de la competencia generada por una asimetría de información entre los operadores del mercado, dado que los participantes en dicha manipulación, por un lado, se encontraban mejor situados para saber por adelantado con cierta precisión el nivel al que se fijaría el euríbor o al que lo fijarían sus competidores en colaboración colusoria y, por otro lado, sabían si, en una fecha específica, el euríbor se había fijado o no a un nivel artificial” y se podía concluir legítimamente que era una restricción por el objeto.

En el presente caso, “la asimetría de información resultante de la manipulación del 19 de marzo de 2007 no correspondía a las condiciones normales del mercado en cuestión en la medida en que se refería a una variable esencial para la competencia en el mercado de los EIRD, a saber, el tipo variable pertinente para la determinación de los flujos de efectivo en dicho mercado. Esa manipulación llevó así a eliminar la incertidumbre existente en el ánimo de los participantes... en detrimento de sus competidores que no estaban informados de dicha manipulación”. Es decir, “atenuó o eliminó el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado” y restringió la competencia.

Por otra parte, la idea de proponer tipos más competitivos que los de los competidores cuando tenían conocimiento de que los flujos de efectivo vinculados a los contratos en cuestión eran positivos no tiene por qué tener una relación directa con el objeto contrario a la competencia, en la medida en que los intercambios de información y los intentos de alineamiento de precios tienen un objeto contrario a la competencia, al

consistir en fijar de forma concertada los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción, que deben determinarse de forma independiente por cada uno de los competidores.

Abundando en estas ideas, el TJUE señala que el artículo 101 TFUE “está dirigido a proteger no solo los intereses directos de los consumidores o competidores sino también la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal”.

En todo caso, tanto la Comisión como el Tribunal General y ahora el TJUE consideraron que los sancionados “sustituyeron conscientemente el riesgo de la competencia, de manera que “el hecho de disponer de información privilegiada sobre el tipo variable que se aplicará en las fechas pertinentes situaba a los operadores de los bancos participantes en la infracción en condiciones de determinar el tipo fijo que los convenía para conseguir la rentabilidad de los EIRD” evidencia el propio objeto restrictivo que justifica esta calificación en términos del Artículo 101 TFUE.

Todo lo anterior no obsta para analizar por parte del TJUE la consideración del Tribunal General de examinar los posibles efectos favorables a la competencia derivado de los intercambios de información sobre esos precios de acuerdo con la doctrina de las “restricciones accesorias”. Es cierto que los recurrentes no lo alegaron ante el Tribunal General y, previamente, tampoco la Comisión lo había hecho en su Decisión recurrida. Recurriendo las SSTJUE de 30 de enero de 2020, *Generics y otros* (C-307/18) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank y otros* (C-228/18), en un acuerdo que se invocan efectos favorables para la competencia deben ser tenidos en cuenta a efectos de su calificación de restricción por el objeto en aplicación del Artículo 101 TFUE, apartado 1 para apreciar el grado de nocividad. Hay que aclarar que la consideración de estos efectos no descarta la calificación de restricción de la competencia sino que ayuda a entender la gravedad de la vulneración de la norma, a pesar de que el TJUE en materia de defensa de la competencia no reconoce ninguna *rule of reason* para infracciones por el objeto. Por tanto, el Tribunal General erró al considerar la posibilidad de que los recurrentes demostraran que las conversaciones respondían a los requisitos del Artículo 101 TFUE, apartado 3, sin examinar las alegaciones de los recurrentes relativas a la existencia de efectos favorables.

3.3. Infracción única y continuada

En este caso se discute si la infracción es única y continuada, dado que se trata no solamente de la manipulación del tipo de interés del euríbor de 19 de marzo de 2007 sino de otras conversaciones de 19 y 27 de marzo de 2007, que según los recurrentes contenían conversaciones distintas a las propias de los intercambios de información para la manipulación de derivados. Sin embargo, el TJUE señala que este tipo de alegación es inadmisibles en fase de casación, en la medida en que se alega una “desnaturalización de elementos de prueba por parte del Tribunal General”, pero de los elementos aportados por las sociedades HSBC “no resulta manifiesto que el Tribunal General desnaturalizara”.



CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y RELIGIONES PARÓDICAS¹²

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo¹³

Profesor Titular de Derecho Constitucional

(Universidad Rey Juan Carlos)

pablo.fernandezdecasadevante@urjc.es

Buenas tardes a todos. Antes de nada, quisiera dar las gracias a la profesora Gabriela Cobo del Rosal, por invitarme a participar en esta Jornada, de título además tan sugerente. Es para mí motivo de orgullo el poder estar hoy aquí junto a un elenco de profesionales tan destacado y cuyo nivel ha quedado patente ya en las intervenciones que han precedido a la breve exposición que aquí comienzo.

Así pues, y tratando de ceñirme a los tiempos asignados, mi contribución versa sobre una cuestión que, a primera vista, podría parecer baladí pero cuya resolución, sin embargo, tiene importantes implicaciones jurídicas. Me refiero al caso de la denominada Iglesia *Pastafari*, probablemente el ejemplo más paradigmático de lo que coloquialmente conocemos como religiones paródicas. Un fenómeno que, más allá de la curiosidad que genera o de la opinión que a uno le pueda merecer, sitúa al Estado democrático ante una tesitura no siempre sencilla. La de determinar cuál es el espacio jurídico predicable de la libertad religiosa, especialmente en lo que a su dimensión externa se refiere. Más concretamente, el principal dilema se plantea a la hora de especificar cuáles son los requisitos exigibles cara al reconocimiento de una entidad como religiosa, con las consecuencias que ello tiene a efectos fiscales, de asistencia religiosa, conmemoración de días festivos, etc.

Pues bien, un claro ejemplo de dicho problema lo encontramos, como ya se ha dicho, en el caso de la Iglesia *Pastafari*, movimiento que cuenta ya con diez millones de seguidores en todo el mundo y que lucha por el reconocimiento de su condición religiosa en distintos países, incluido un ordenamiento jurídico español –artículo 16 CE y Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa o LOLR, al frente– que, hasta el momento, se resiste ante tal pretensión. Al caso patrio dedicamos esta presentación, no sin antes recordar que el pastafarismo ha logrado, por ejemplo, que en República Checa, Austria o *Massachusetts*, las autoridades gubernativas hayan llegado a aceptar fotografías con un colador en la cabeza para ciertos documentos oficiales –caso del carnet de conducir–, o que en Nueva Zelanda se hayan celebrado bodas oficiales bajo el rito *pastafari*.

¹² Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹³ Código orcid.org/0000-0003-1807-6583.

La cuestión, decíamos, no es menor, y su resolución en España ha ocupado ya al Ministerio de Justicia, primero, a la Audiencia Nacional, después, siendo el Tribunal Supremo el que deba pronunciarse a continuación, una vez interpuesto el correspondiente recurso de casación. Así las cosas, y poniéndonos en antecedentes, todo comenzó el 28 de abril de 2016, cuando los representantes legales del colectivo religioso Iglesia *Pastafari* solicitaron la inscripción de dicha entidad religiosa en el Registro de Entidades Religiosas –RER–. En el escrito presentado, los interesados aseguraban representar a un colectivo de personas de distinta procedencia y naturaleza, unidas, primero, por la creencia en la existencia de una entidad divina superior, conocida como el “Monstruo de Espagueti Volador” –también como MEV o Mones-vol, Monesvol–, creador de todo el universo y director de todo lo que habita en él; y segundo, por el seguimiento de los dogmas vitales transmitidos por este, todo lo cual les llevaba a desear adquirir formalmente la condición de entidad religiosa de ámbito estatal.

No pudiendo entrar en el detalle de sus doctrinas y principios de actuación, señálese al menos los dos siguientes ejemplos por especialmente ilustrativos. Así, y como una de sus bases de fe, la Iglesia *Pastafari*, señala en el artículo 3.7 de sus estatutos que “Los pastafaris que se porten razonablemente bien irán al cielo pastafari, que tiene volcanes de cerveza hasta donde alcanza la vista y una fábrica de bailarines/as de striptease. En cambio, aquellos que Monesvol tenga por diversión mandar al infierno, también dispondrán de volcanes de cerveza y una fábrica de bailarines/as de striptease, pero [en] dichos volcanes la cerveza está caliente y sin gas y las bailarines/as de striptease sufren enfermedades venéreas”.

Por su parte, y entre otros contenidos, el artículo 4 de los mencionados estatutos recoge la llamada Oración principal a Monesvol: "Oh Tallarines que están en los cielos gourmets. Santificada sea tu harina. Vengan a nosotros tus nutrientes. Hágase su voluntad en la Tierra como en los platos. Danos hoy nuestras albóndigas de cada día y perdona nuestras gulas así como nosotros perdonamos a los que no te comen, no nos dejes caer en la tentación (de no alimentamos de ti) y líbranos del hambre... Ramén".

Atendiendo al contenido completo de los estatutos de la entidad, el Director General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones –por delegación del Ministro de Justicia– denegó a la Iglesia *Pastafari* su inscripción en el RER, vía resolución de 6 de septiembre de 2016. No era la primera vez que aquella intentaba su inscripción en España, pues lo había probado hasta en cuatro ocasiones previas, valiéndose para ello de sujetos distintos y nombres, en ocasiones, igualmente diferentes –Iglesia del Monstruo del Espagueti Volador, Legionarios de Monesvol–. Como distintos eran también sus estatutos, ello sin perjuicio de la igual existencia de evidentes similitudes entre ellos.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, cinco son los pilares argumentales sobre los que se asienta su decisión final, toda vez que la parte recurrente alegaba: 1) la existencia de una infracción legal, al entender que la actuación administrativa recurrida se fundamentaba en elementos ajenos a los controles formales que exige la LOLR y el Real Decreto 594/2015, regulador del RER; 2) el incumplimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH en lo que al derecho de asociación y libertad religiosa respecta, al considerar que los derechos

afectados no son susceptibles de limitación alguna; 3) la igual infracción de la ley, ello desde el momento en el que la resolución administrativa consistió, a su modo de ver, en un examen de la fe o creencia contenida en la doctrina y principios antes transcritos; 4) el presunto incumplimiento de la ley por haberse basado la denegación en determinadas conclusiones emitidas por la Comisión Permanente Asesora de Libertad Religiosa correspondientes a solicitudes anteriores; 5) la supuesta existencia de juicios de valor sobre los fines de la entidad –SAN 2490/2020, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho Primero–.

Así, y respecto al primero de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, tiene que ver, como se ha dicho, con la cuestión sobre la naturaleza que tiene la actividad fiscalizadora del RER, cuestión que ni el Tribunal Constitucional ha logrado resolver por completo. Sí ha señalado, en cualquier caso, que “la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el art. 3.2 LOLR” –STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 10–. En coherencia con ello, la Audiencia Nacional, acabó descartando el carácter religioso de la entidad, al considerar que “sus fines son ajenos a los de una entidad religiosa, una religión, entendida como un conjunto de dogmas sobre la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas morales y de prácticas rituales basadas en creencias profundas, serias y trascendentes” –SAN 2490/2020, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho Segundo–.

En cuanto al segundo argumento principal de la resolución, la Audiencia Nacional descartó el carácter absoluto del derecho de asociación –artículo 22 CE– y de la libertad religiosa y de culto –artículo 16 CE–, aunque sin proceder para ello al más mínimo análisis jurisprudencial. Todo para volver a descartar el carácter religioso de la finalidad perseguida por la Iglesia *Pastafari*, conclusión plenamente coherente con la posterior doctrina dictada por el TEDH. En concreto, con aquella favorable a entender que el artículo 9 CEDH, predicable respecto de “la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia” –STEDH de 23 de febrero de 1982, *Asunto Campbell y Cossan c. Reino Unido*, párrafo 36–, “no puede aplicarse ni a la «Iglesia del Monstruo de Espagueti Volador» ni a quienes afirman profesar sus doctrinas” –STEDH de 2 de diciembre de 2021, *Asunto Hermina Geertruïda de Wilde c. Países Bajos*, párrafo 55–. Por lo tanto, más que de una limitación del derecho, de lo que cabe hablar aquí es de la delimitación de la libertad religiosa y de culto, con una Iglesia *Pastafari* que quedaría así fuera del ámbito jurídico propio del artículo 16 CE.

Respecto al tercer pilar de la Sentencia, la Audiencia Nacional respaldó la decisión administrativa recurrida, entendiendo que, más que un examen de la fe o creencia contenida en los estatutos, la labor del Ministerio de Justicia consistió en constatar o comprobar que el denominado pastafarismo fue creado con una finalidad respetable pero distinta a la religiosa: la de realizar una parodia crítica respecto de la decisión adoptada por el Estado de Kansas, en el sentido de introducir en el programa escolar la doctrina del “diseño inteligente” junto con la teoría de la evolución.

Sobre el cuarto argumento básico de la decisión adoptada por la Audiencia Nacional, esta subrayó el carácter potestativo, que no preceptivo, del informe de la

Comisión Asesora de Libertad Religiosa, al cual no se recurrió dadas las grandes similitudes estatutarias existentes entre las distintas solicitudes presentadas por la Iglesia *Pastafari* entre los años 2010 y 2016. Y a esas semejanzas estatutarias se aferró también el tribunal para justificar la inclusión en su decisión de ciertas reiteraciones contenidas en anteriores resoluciones, ello a los efectos de denegar la solicitud de inscripción registral objeto de enjuiciamiento.

Finalmente y respecto al quinto elemento justificativo, la Audiencia Nacional rechazó que la resolución administrativa hubiera realizado un juicio de valor sobre los fines del pastafarismo, remitiéndose, para ello, a las consideraciones realizadas respecto de la capacidad que, como ya se ha dicho, tiene el RER para “hacer una cierta calificación y (...) evitar la inscripción de entidades que son ajenas a la finalidad religiosa propia del Registro de Entidades Religiosas” –SAN 2490/2020, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho Segundo–.

Esa es, en apretada síntesis, la argumentación jurídica ofrecida por una Audiencia Nacional que, sobre la base de las anteriores consideraciones, concluyó el carácter paródico o burlesco de los estatutos y mandamientos del pastafarismo –SAN 2490/2020, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero–. De ahí que acabara confirmando la resolución del Director General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, de 6 de septiembre de 2016, denegatoria de la inscripción registral de la Iglesia *Pastafari*, ello a la espera de lo que pueda decidir el Tribunal Supremo respecto del recurso de casación ante él presentado.

Concluyo, por tanto, esta breve exposición, con la seguridad de que seguiremos oyendo hablar de este movimiento, tan extravagante como pertinaz en la búsqueda de sus objetivos. Muchas gracias por la atención y quedo, por descontado, a su disposición para cualquier cuestión que pueda surgir. Muchas gracias a todos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alenda Salinas, Manuel. *La libertad de creencias y su tutela jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2021.
- Brzozowski, Wojciech. “Did Pastafarians lose in Strasbourg, After All?”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 10 n.º 3 (2022):1-12.
- De Esteban, Jorge y González-Trevijano, Pedro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*. Madrid: Universidad Complutense, 2004.
- Ollero, Andrés. “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado español”, en *VVAA Religión y laicismo hoy*. Barcelona: Anthropos, 2010.

Palomino, Rafael. “La Iglesia del Monstruo del Espagueti Volador y las confesiones religiosas en el derecho español. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 26 (1): 215 a 244.

Ruano Espina, Lourdes. “Régimen jurídico de las confesiones religiosas en España”, *Estudios Eclesiásticos*, n.º 363 (2017): 703-747.

Souto Paz, José Antonio. *Comunidad política y creencias*, Madrid: Marcial Pons, 2003.



**II. TRES ESTUDIOS DE VULNERACIÓN DE LA NORMA A LA LUZ DE
LA HISTORIA Y DEL DERECHO INTERNACIONAL**

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA RUSIA POR LA AGRESIÓN A UCRANIA¹⁴

M^a Ángeles Cano Linares*¹⁵

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

(Universidad Rey Juan Carlos)

angeles.cano.linares@urjc.es

La invasión por parte de Rusia de Ucrania y la ocupación de parte de su territorio constituye sin duda alguna una violación de la prohibición del recuso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado tal y como recoge el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

Pero no se trata exclusivamente de la violación de una disposición de un Tratado internacional, sino que lo es también de la norma consuetudinaria norma de derecho internacional general, como señalara el Tribunal internacional de Justicia, en 1986, en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua.

Además, se trata de una norma imperativa, *ius cogens*, que como recogiera en su informe la Comisión de Derecho internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter y que reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables y generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.

Se trata además de un acto de agresión, tal y como lo recoge la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, un crimen contra la paz internacional que origina responsabilidad internacional.

¹⁴ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos. Vicerrector/a Adjunto/a de internacionalización y promoción lingüística, Miembro del Grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional y del Grupo de investigación de alto rendimiento en Inmigración y Gestión de la Diversidad Cultural, ambos de la Universidad Rey Juan Carlos.

Al respecto cabe recordar que los artículos 40 y 41 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 relativo a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general que establece el deber de los Estados de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de normas de *ius cogens*.

Debe recordarse además que, de acuerdo igualmente con lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad es el que tiene competencia, en virtud del Capítulo VII de la Carta, para actuar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión pero no ha podido hacerlo en esta ocasión por su composición y por el procedimiento que rige la adopción de decisiones que han de ser tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluyendo los votos afirmativos de los cinco miembros permanentes, que en la práctica se ha traducido en el por todos conocido derecho de veto.

Por ello, el Consejo no ha procedido a ninguna calificación en base al artículo 39 de la Carta ni ha decidido la imposición de medidas que no implican el uso de fuerza armada, las sanciones internacionales institucionales.

Entonces si no las ha aprobado el Consejo ¿qué sanciones está imponiendo la Unión Europea?

En realidad, la Unión Europea puede adoptar tres tipos de regímenes sancionadores. En primer lugar, en cumplimiento de las impuestas por Naciones Unidas que está obligada incorporar a su ordenamiento jurídico. Puede, en segundo lugar, reforzar las impuestas por el Consejo de Seguridad aplicando medidas más estrictas y/o adicionales y, finalmente, puede decidir imponer regímenes autónomos. En todos ellos se utiliza la expresión sanciones, aunque ninguna de ellas tenga un carácter punitivo.

El tercer supuesto constituye una herramienta esencial de la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea (UE) a través de la cual la UE puede intervenir cuando sea necesario para prevenir conflictos o responder a crisis emergentes o en curso. Se trata de las medidas restrictivas previstas en el artículo 215 del Título IV del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, relativas a las decisiones adoptadas de conformidad con el capítulo 2 del Título V del Tratado de la Unión Europea. Por ello, tales medidas restrictivas han de ser coherentes con los objetivos de la política exterior y de seguridad común recogidos en el artículo 21 del TUE.

Comprenden la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales, lo que en esencia se corresponde con el contenido de las denominadas sanciones selectivas o *smart sanctions* dirigidas esencialmente a los responsables de las acciones que han desencadenado la reacción estatal, respetuosas con el Ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos. Todas esas medidas, congelación de activos, prohibición de viajar y restricciones comerciales implican obligaciones a los Estados miembros, incluidos sus nacionales, personas físicas o jurídicas, en su interacción con el Estado o las personas objeto de las medidas. Esto es, son de aplicación dentro de

la jurisdicción del Estado sancionador y no del sancionado o de terceros, lo que implicaría una aplicación extraterritorial de la norma sancionadora unilateral.

Dado su carácter universal y su obligatoriedad para todos sus Estados Miembros, el problema de extraterritorialidad no se plantea en relación con los regímenes sancionadores impuestos por las Naciones Unidas. En ese contexto, se entiende por sanciones secundarias las impuestas a los Estados que no cumplen con el régimen sancionador, algo que no se ha dado.

Pero la cuestión de la extraterritorialidad sí se plantea en el caso de las medidas unilaterales, ya sean individuales de un solo Estado, de una organización regional o de forma concertada por varios Estados.

En este caso, si se imponen sanciones a un tercer Estado por el incumplimiento de medidas iniciales o a algunas de sus nacionales, personas físicas, pero esencialmente jurídicas, esto es las denominadas sanciones secundarias, se está actuando bajo el principio de extraterritorialidad.

Así, aunque el objetivo inherente de las sanciones de la UE es afectar a las políticas o actividades en terceros países, solo se aplican allí donde la UE tiene jurisdicción. En otras palabras, las obligaciones que imponen son vinculantes para los nacionales de la Unión o las personas ubicadas en la UE o que ejercen su actividad empresarial en su territorio. Por el contrario, otras jurisdicciones aplican algunas de sus sanciones extraterritorialmente, es decir, esperan que los ciudadanos y las empresas de terceros países, entre ellos los países de la UE, actúen de acuerdo con ellas. Por cuestión de principios, la UE considera que la aplicación extraterritorial de sanciones contradice al Derecho internacional.

Por ello, se ha opuesto tradicionalmente a cualquier tipo de sanciones extraterritoriales, alegando que atentan contra su soberanía e independencia. Así, en reacción a las medidas impuestas por Estados Unidos, aprobó, en 1996, el Reglamento (CE) núm. 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, conocido como estatuto de bloqueo, que se aplica exclusivamente a las sanciones de los Estados Unidos contra Irán y Cuba y que fue actualizado en junio de 2018. El estatuto prohíbe a los operadores de la UE cumplir sanciones extraterritoriales, anula las sentencias dictadas por tribunales extranjeros y permite solicitar indemnizaciones por daños y perjuicios.

Ante el acto de agresión de Rusia contra Ucrania, la Unión Europea ha adoptado, hasta la fecha, once paquetes de sanciones contra Rusia, que se suman a las ya existentes desde 2014 a raíz de la anexión de Crimea y el incumplimiento de los Acuerdos de Minsk y a las impuestas contra Bielorrusia e Irán. El primer paquete se adoptó el 17 de marzo de 2022, con medidas restrictivas contra 21 funcionarios, y las personas y entidades asociadas a ellos, por su papel en acciones que amenazaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, con prohibiciones de viaje e inmovilizaciones de bienes.

El último, por el momento, el 23 de junio de 2023 que estuvo encaminado a reforzar las sanciones ya existentes de la UE y a evitar que se eludan, lo que se aproxima

peligrosamente al concepto de sanciones secundarias, con su potencial riesgo de extraterritorialidad.

Ya en el octavo paquete de medidas, adoptado en octubre de 2022, se empezó a vislumbrar la preocupación por parte de las instituciones de la Unión respecto al efectivo cumplimiento de las medidas y el riesgo de ineficacia por el desigual cumplimiento de estas. Así, se introdujo un nuevo criterio para la inclusión en la lista de personas objeto de las medidas que permite sancionar a las personas de cualquier nacionalidad que faciliten que Rusia eluda las sanciones, así como la restricción del transporte marítimo de petróleo procedente de Rusia si el precio del contrato superaba el acordado por la Coalición de Límites de Precios.

El undécimo paquete el esfuerzo ha sido más contundente en línea con las Conclusiones del Consejo Europeo de 23 de marzo de 2023 en las que se subrayaba la importancia y la urgencia de acrecentar los esfuerzos para garantizar la aplicación efectiva de las sanciones a escalas europea y nacional, así como el firme compromiso de prevenir y combatir eficazmente la elusión de las sanciones en terceros países y por parte de estos.

Sin duda, las lagunas jurídicas y las elusiones socavan la eficacia de las sanciones, por lo que reforzarlas y hacerlas cumplir es fundamental para aumentar su impacto. El nuevo paquete propone tres medidas contra la elusión de las prohibiciones de la UE a la exportación a Rusia de productos de doble uso, tecnologías avanzadas y componentes críticos. Se incorpora así la prohibición del tránsito a través del territorio de Rusia de más productos y tecnologías que pueden contribuir a la mejora militar y tecnológica de Rusia o al desarrollo del sector de la defensa o la seguridad, así como de productos y tecnología adecuados para su uso en la industria aeronáutica o espacial y de carburante para reactores y aditivos para combustible exportados de la UE a terceros países. Asimismo, se ha ampliado la prohibición de transporte de bienes a la UE por carretera a los remolques y semirremolques matriculados en Rusia, incluso cuando son remolcados por camiones matriculados en otros países.

Asimismo, habida cuenta del fuerte aumento de prácticas engañosas por parte de buques que transportan petróleo crudo y productos petrolíferos rusos, se ha prohibido el acceso a los puertos y esclusas de la Unión a cualquier buque dedicado a transbordos entre buques si las autoridades competentes tienen motivos razonables para sospechar que infringe la prohibición de importar petróleo crudo y productos petrolíferos rusos por vía marítima a la Unión o que transporta petróleo crudo o productos petrolíferos rusos adquiridos por encima del precio límite establecido. La misma prohibición se aplicará a los buques cuando las autoridades competentes tengan motivos sólidos para sospechar que, de forma ilegal, desconecten o desactiven su sistema de navegación o que interfieran en él, cuando transporten petróleo crudo y productos petrolíferos rusos, infringiendo así los acuerdos, reglas y normas internacionales.

Por lo que se refiere al mecanismo específico contra la elusión, la UE ha decidido reforzar aún más la cooperación bilateral y multilateral con terceros países y la prestación de asistencia técnica para frenar la elusión cada vez mayor de sus sanciones y tomará medidas rápidas, proporcionadas y específicas tan solo en aquellos casos en los que la cooperación no dé los resultados deseados y consistirán en medidas individuales

adecuadas contra la intervención de operadores de terceros países que facilitan la elusión. Como último recurso, y por decisión por unanimidad del Consejo se podría restrinjan la venta, el suministro, la transferencia o la exportación de productos y tecnología cuya exportación a Rusia ya esté prohibida terceros países respecto de los cuales se haya demostrado que existe un riesgo continuo y particularmente elevado de que su territorio se utilice para practicar la elusión.

Finalmente, en paralelo y en la misma línea de lograr un cumplimiento efectivo de las medidas restrictivas adoptadas, a raíz de la decisión del Consejo de identificar la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión como un ámbito delictivo que cumple los criterios especificados en el art. 83, apartado 1, del TFUE, el 2 de diciembre de 2022 la Comisión Europea propuso una Directiva por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de medidas restrictivas impuestas por la UE contra Rusia, con el fin de armonizar las legislaciones penales de todos sus Estados miembros.

Con la propuesta de Directiva se amplían los ámbitos actuales del artículo 83 TFUE (terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada) para incluir, conforme la violación dolosa de las medidas restrictivas impuestas. Contempla, en otros aspectos, penas de privación de libertad de uno a tres años, la prohibición de actuar o concurrir en licitaciones europeas; la retirada de licencias para operar, la suspensión de actividad o la disolución judicial.

A ello debe sumarse la propuesta impulsada desde la Comisión LIBE del Parlamento Europeo por la que si bien los Estados seguirán siendo los principales responsables de investigar y perseguir estos delitos, la Fiscalía Europea, una institución puesta en marcha y plenamente operativa desde 2021, en la que hasta hoy participan 22 Estados, también podrá perseguirlos en determinados casos de magnitud transfronteriza.

En definitiva, hemos transcurrido en el ámbito de la intergubernamental PESC, de las medidas restrictivas a las sanciones secundarias y su potencial extraterritorialidad y a la tipificación penal de las infracciones y su posible persecución sin duda un buen ejemplo del camino de la Unión Europea y de la fuerza de su Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Calleja Crespo, D. (2023). “La adopción de sanciones contra Rusia por la guerra de Ucrania: la perspectiva de la Comisión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 75, 69-90. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.03>
- Cano Linares, M. A (2007). “Sanciones selectivas y desarrollo progresivo de la Carta de las Naciones Unidas” en *Una nueva organización de las Naciones Unidas para el siglo XXI*. (España): Editorial Biblioteca Nueva, S.L., ISBN 978-84-9742-684-8.

Codina García-Andrade, X. (2022). “El reglamento de bloqueo: un antídoto que mata”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, 29-61. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.02EL>
DECURSO HISTÓRICO DEL DELITO DE SEDICIÓN: UNA VISIÓN CRÍTICA



EL DECURSO HISTÓRICO DEL DELITO DE SEDICIÓN: UNA VISIÓN CRÍTICA¹⁶

Jesús-María Navalpotro Sánchez-Peinado

Universidad Rey Juan Carlos (España)

jesusmaria.navalpotro@urjc.es

1. INTRODUCCIÓN

El art. 1.20 de la Ley Orgánica 14/2022 escuetamente disponía “Se suprime el capítulo I del título XXII del libro II, integrado por los artículos 544 a 549”. Dieciocho palabras demolían un tipo penal que se había cimentado en tiempos medievales: la sedición.

Esta medida legislativa venía directamente causada precisamente por el protagonismo que había adquirido un delito que, aunque por décadas se había considerado una reminiscencia de algaradas militares liberales y otras alteraciones decimonónicas, en 2019, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante una sentencia de 14 de octubre de 2019 (STS 459/2019), había condenado a nueve dirigentes políticos y sociales de la región catalana como sediciosos, en el marco de la Causa Especial núm. 3/20907/2017, conocida como “el proceso al *Procés* independentista”. Las negociaciones de distintos partidos políticos habían exigido la derogación de un delito que mantenía en prisión a aliados y socios de intereses.

Aunque no es justo atribuir exclusivamente a las intrigas del régimen de partidos la desaparición del tipo de la sedición. Un sector de la doctrina penal ya abogaba por ello. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, mediante el Auto de 13 de febrero de 2023, de la Sala Segunda valoraba positivamente el sentido de la tipificación que ahora se derogaba:

“Es cierto que la política legislativa que anima la reforma operada por la LO 14/2022 ha hecho posible una redefinición de los delitos contra el orden público. El problema, sin embargo, a efectos de subsunción jurídica, radica en que el delito de sedición, tal y como estaba regulado en el artículo 544 del CP, era algo más que un delito contra el orden público. Este precepto incluía, entre los fines perseguidos por quienes se alzaban pública y tumultuariamente, objetivos que desbordan el concepto de orden público al que parece aferrarse la reforma. Y es que quien promueve por la fuerza o fuera de las vías legales el incumplimiento de las leyes o las resoluciones judiciales no se limita a perturbar el orden público. La autoridad que desoye contumazmente los requerimientos

¹⁶ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

del Tribunal Constitucional, que desatiende las prohibiciones impuestas por el Tribunal Superior de Justicia, que lleva a cabo un proceso legislativo de ruptura —por más que este carezca de toda viabilidad jurídica— no está simplemente alterando el orden público...”

Este proceso, que tanta resonancia política ha tenido, planteó inicialmente la acusación de rebelión, en concurso de delitos o de forma subsidiaria, a varios sujetos con participación destacada en los hechos y alborotos provocados para establecer inconstitucionalmente la sedición de la región catalana del resto de España. Y es que la sedición, desde sus orígenes, ha estado enlazada penalmente con la rebelión. Y en ambos delitos lo que más destaca es su carácter político; hasta el punto de que sus propios contenidos pueden ser vistos como unos modos, aunque sean repudiados por el Derecho, de actuación política.

Así, pues, analizar la sedición lleva a encontrarse con la rebelión, lo que permitió que hubiera autores que la presentaran como una “rebelión en pequeño” una forma más atenuada de tipificación de actos de alteración pública, con alcance más local y de menor gravedad.

Un repaso bibliográfico evidencia esa afinidad de delitos. Entre las monografías más actuales, destaca la que en 2021 dirigieron Enrique Álvarez Cora y Victoria Sandoval Parra, *Sedición, rebelión y quimera en la historia jurídica de Europa*. Otros trabajos resaltan las vinculaciones jurídicas y políticas, como el ya clásico de Fiestas Loza sobre *Los delitos políticos (1808-1936)* y los trabajos más recientes de Miguel Pino Abad. Varios penales, en algunos casos impelidos por la actualidad, han abordado distintos aspectos de la rebelión y la sedición, con mayor o menor atención histórica. Entre los más notables hay que citar los estudios de Miguel Ángel Cano Paños, Antonio M^a Javato y Rafael Rebollo Vargas, además de las aportaciones de los manuales más elaborados.

2.- PRECEDENTES DEL DELITO DE SEDICIÓN

Unido, casi siempre, a la rebelión, el crimen de sedición ha tenido larga tradición, con precedentes romanos, y un frecuente reflejo en sus fuentes históricas, bajo el nombre de *tumultus*. Ello es consecuencia de su propia naturaleza como delito configurado para asegurar el buen orden político. La sedición, en tiempos medievales y modernos, va acompañada de los términos “tumulto”, “alteraciones públicas” o “asonada”. A partir del Digesto, también se hace notar en la obra jurídica alfonsina: *Espéculo, Partidas y Fuero Real*, en los que se prohibía toda junta tumultuaria que perturbara el orden del reino, sin precisar las causas que la generaran, subsumiendo en su concepto tanto movilizaciones políticas, como disturbios locales, o protestas sociales, como exponía la *Partida II*, tit. 26, ley 16:

“Asonada tanto quiere decir como ayuntamiento que facen las gentes unos contra otros para facerse mal, é assi como aquellas que son fechas contra los enemigos de la fé ó del rey ó del reyno son á su pro e á su honra, otrosi aquellas que se facen entre los de la tierra son á deshonra é á daño. E esto por muchas razones.”

Lo único es que el sujeto sí había de ser colectivo, un grupo del pueblo, más o menos numeroso. Sólo cuando se tratara de actuar contra el rey o la seguridad del reino, las penas evidenciaban su gran gravedad: muerte y pérdida de todas las propiedades, con

“perpetua infamia y memoria” y el consiguiente derribo de casas y despojo de señoríos. El *Espéculo* aumentó la pena, extendiendo la muerte no sólo del culpable, sino de su descendencia directa. Y tal fue la consideración penal que llega por el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y las recopilaciones, hasta la codificación, en el siglo XIX. El rigor penal obedecía a la consideración de la correlativa gravedad de hechos por sus consecuencias más dañinas para el orden político. Se suele considerar que este tipo de asonada es el precedente de la rebelión. Con un carácter menos lesivo y unas penas coherentes con esta consideración se configuraban los otros dos tipos de acciones, bien contra oficiales y autoridades reales o bien contra particulares. El desarrollo histórico de estas conductas daría lugar al delito de sedición.

El sistema jurídico de Castilla y luego de toda la Monarquía Católica mantuvo la vigencia de los textos alfonsinos. Además, ya en el siglo XIX, en el título XI de la Nueva Recopilación se acogió la represión de las denominadas “juntas tumultuarias”. Y de ahí pasó a los códigos.

3.- CODIFICACIÓN PENAL Y LEGISLACIÓN DE ORDEN PÚBLICO

La codificación en España coincide con unos momentos históricos de inestabilidad y de especial protagonismo de los militares. Tras la Guerra de la Independencia, son muchos los que dedicaron sus empeños y destrezas a alterar el sistema político, a derribar gobiernos o instalar otros nuevos. La situación se hizo más problemática con las tres guerras carlistas que sumieron a España en conflictos continuados entre los liberales, por otra parte en desacuerdo entre sí, y el tradicionalismo que se resistía a morir.

Por entonces, aquella tradición legislativa, con las distintas modalidades y gravedad de ejecución, y la dureza de las penas, que tenía tan larga trayectoria, presenta un nuevo elemento jurídico que la altera: el entrecruzamiento jurisdiccional. En efecto, en el siglo XIX se da una doble incriminación del delito de rebelión. Las leyes configuraron un delito de rebelión militar y otro civil, que después acabarían distinguiéndose sólo por el momento de su realización: la rebelión en tiempo de paz, regulada por el Código Penal común, y una rebelión en tiempo de guerra, por el Penal Militar. Y es que, en efecto, la regulación del delito de rebelión en los distintos códigos penales constituye básicamente una reacción a los sucesivos pronunciamientos militares que tuvieron lugar en España durante los siglos XIX y XX (el último de ellos acaecido el 23 de febrero del año 1981).

También, es oportuno recordar que el marco legislativo no va a venir definido sólo por el código, sino también por las leyes de orden público. El concepto de orden público ya aparece en el primer constitucionalismo -si aceptamos por español al Estatuto de Bayona de 1808-, para gozar de una indiscutida recepción y éxito creciente, siendo acogido también por la Constitución de Cádiz y dando lugar posteriormente a una serie específica de leyes de orden público, aprobadas en 1870, 1933 y 1959.

Del modo sintético que nos exige esta presentación, como hitos legales pueden señalarse:

- El Código Penal de 1822, cuyo Título III era “De Los delitos contra la seguridad interior del estado, y contra la tranquilidad y orden público”, y el Cap. 1º era

“De la rebelión y del armamento ilegal de tropas” y el 2º, “de la sedición”. La tradición codificadora de estos delitos tiene su origen en este texto, cuya definición de la sedición será proseguida en los posteriores: “levantamiento, ilegal y tumultuario, de un número mayor o menor de personas con el fin de entorpecer la acción gubernamental”. En cambio, la intensidad y gravedad de la rebelión eran muy superiores.

- El Código Penal de 1848 obedeció también a un planteamiento liberal por su mentalidad y rigorista en su visión de la protección del orden, que para nuestro objeto de estudio tendrá continuidad en el Código Penal de 1850.

- Como consecuencia de la revolución que tantos sectores y facciones del liberalismo y el progresismo consiguió aunar, se aprobó el Código Penal de 1870, en el que se rotulaba como “Delitos contra el Orden Público” al Título III del Libro II, que contenía los delitos de rebelión, sedición, y disposiciones comunes. Además, el mismo año se aprobó la primera Ley de Orden Público, de 23 de abril de 1870. Traslucía la misma tensión entre liberalismo y necesidad de orden, pero obedecía a una voluntad decidida de primar la salvaguarda de las libertades. Por eso, el objeto de la ley era proporcionar una regulación de las medidas que podían adoptar autoridades civiles y militares en defensa del orden público y de la constitución. Del posterior Código Penal de 1928, malgrado muy pronto, apenas cabe hablar desde nuestra perspectiva.

- Tras la caída de la Monarquía, el nuevo régimen adoptó dos medidas legislativas relevantes para nuestro relato: el Código Penal de 1932 y la Ley de Orden Público de 1933. En ésta se ampliaba el ámbito del orden público, aunque sedición y los delitos contra el orden público mantenían su regulación tradicional.

- El Estado surgido del Alzamiento Nacional del 18 de Julio de 1936, terminológicamente daba un sentido muy distante a la misma palabra que penalmente enlazaba con la rebelión y la sedición. Durante la guerra, el protagonismo jurídico lo había asumido la jurisdicción militar, con su propia legislación penal. Después, se redactó el Código Penal de 1944, en el que se decidió suprimir el título de delitos contra el orden público, para incorporar sus tipos dentro de una rúbrica más amplia, "Delitos contra la seguridad interior del Estado", imprimiéndole un contenido claramente político. El Estado, acaudillado por el general Franco, veinte años después de lograr la paz, aprobó otra Ley de Orden Público, en 1959. Más expansiva aún, incluyó una amplia variedad de hechos como contrarios al orden, de gravedad muy distinta, y con una cláusula de cierre amplia para incluir otros supuestos que no se hallaran enunciados.

- Bajo el nuevo sistema constitucional establecido en 1978, se mantuvo el anterior código, al que distintas reformas legales y decisiones jurisprudenciales intentaron ajustar al nuevo régimen. Al fin, se elaboró el Código Penal de 1995, que supuso la modificación total de los delitos que nos ocupan y su inserción en dos títulos diferenciados, uno de “Delitos contra la Constitución” y otro de “Delitos contra el orden público”. El objeto de protección se presentaba como dispar, a pesar de que la descripción típica de ambos comportamientos delictivos presentara evidentes semejanzas y que remaricara el carácter subsidiario de la sedición respecto a la rebelión.

- En fin, la mencionada inicialmente Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de *transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral,*

desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, sencillamente derogó todo el título con los artículos que recogían la regulación de la sedición. El legislador pretendió cubrir plenamente el vacío legal, mediante la reconfiguración del delito de desobediencia ya existente, al que se añadieron unas figuras agravadas.

4.- LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Antes de su desaparición, la sedición quedaba regulada por los artículos 544 a 549. Se mantenía Según éstos, hasta el Código Penal de 1995, el delito de rebelión se ubicaba en el capítulo de los delitos contra el orden público, pero, el bien jurídico protegido se comprende atendiendo a los fines a los que se refieren los delitos de rebelión y sedición. En ellos, aunque “el orden público deviene inmediatamente alterado, lo que resulta castigado no es esa alteración como tal sino las finalidades que a través de ella se persiguen”.

Quizá sea la ubicación del delito dentro de la estructura del código lo más significativo de sus modificaciones. En 1822 se incluía dentro “De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público”. El bien jurídico, como la doctrina por lo general ha señalado, no se enfocaba tanto en garantizar el derecho a la seguridad de la persona y de la tranquilidad de vida desde la perspectiva del gobernado, sino desde la del gobernante. De ahí el enlace con los términos “seguridad interior del Estado”. En el Código Penal de 1944, incluso, la Exposición de Motivos del decreto que promulgaba el texto establecía una vinculación con la ya referida Ley de Seguridad del Estado de 1941, cuya visión del orden público era expansiva y finalista para alcanzar la unidad que propugnaba el Nuevo Estado, corrigiendo las posturas y actitudes e los discrepantes con él. El *Curso de Derecho Penal* de Quintano Ripollés explicaba que este tipo de delitos contra la seguridad interior del Estado constituían “atentados contra las instituciones, el régimen político y los ideales y personas que encarnan o representan tales valores”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestaba tal enlace conceptual entre la seguridad interior del Estado, el orden público y la estabilidad del régimen “legalmente constituido”.

La demolición del Estado surgido del 18 de Julio y la aprobación de la constitución en 1978 habían de implicar un cambio de sentido en ese orden público protegido penalmente en el delito de sedición. Como hemos adelantado, parte de la doctrina como el Tribunal Constitucional consideró que era posible procurar una interpretación del bien jurídico en sintonía con los principios constitucionales del bien jurídico. El propio legislador lo entendió así con la reforma penal de 1981, y la de la Ley Orgánica 14/1985, realizando modificaciones para ajustar los delitos al sistema constitucional de 1978. Por ella, además, rebelión y dedición, incluso cuando tuvieran carácter militar, se excluían de la jurisdicción castrense, que quedaba restringida a la excepcionalidad del conflicto armado internacional. Algunos autores, sin embargo, consideraron incompatible la idea de “seguridad interior del Estado” como bien jurídico aceptable constitucionalmente, por su vicio de origen: la “concepción autoritaria del Estado”.

La reubicación de la rebeldía y la sedición en el nuevo Código Penal de 1995 se pretendió que significara la actualización necesaria de estos delitos de raigambre decimonónica. La sedición, aunque formalmente seguía encuadrada entre los delitos contra el orden público, se fue entendiendo que éste era el orden constitucional, de forma genérica. La gran diferencia entre los delitos de rebelión y de sedición, desde 1995, la constituía el bien jurídico protegido; pues el delito de rebelión era el garante del propio sistema constitucional. Un Auto del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 exponía este planteamiento: el delito de rebelión atendía a la protección del núcleo del sistema político y jurídico, mientras que el de sedición protegía al sistema jurídico frente a un acto más focalizado, que afectara a un elemento más concreto del sistema.

5. CUESTIONES SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

A partir de sentencias y opiniones doctrinales, distintos elementos que configuraban el tipo penal de la sedición fueron objeto de precisión y debate.

- El hecho punible se identificaba como “alzamiento, levantamiento, sublevación o insurrección contra el orden jurídico establecido”, que comprendía lo que afectara al normal funcionamiento de las instituciones administrativas, gubernativas o judiciales, como en particular contra quienes las dirigían, representaban o ejecutaban sus funciones, tanto autoridades como funcionarios.

- El alzamiento había de ser público, exteriorizado y manifiesto; y tumultuario, lo que básicamente la doctrina entendió, por una parte, que simplemente excluía una ejecución individual, si bien el propio término “tumultuario” remitía a un tipo de actuación ejecutada de manera desordenada o espontánea, recordando a sus precedentes en los motines y asonadas de siglos atrás. Pero la imprecisión de que actos similares pudieran confundirse con el atentado, la resistencia o la desobediencia, llevó a que el Tribunal Supremo, requiriera que al menos se contara una treintena de partícipes.

- El alzamiento se encamine a la consecución de los fines precisados en el Código. No era necesario que fueran directamente políticos, lo que sí era exigido en la rebelión.

- Asimismo el uso de la fuerza para el cumplimiento de los fines era esencial para el delito de rebeldía, pero no para la sedición. En ésta bastaba que se diera, no como requisito imprescindible para sus fines, el empleo de fuerza o el uso de vías no legales, que parte de la doctrina consideró que incluía la coacción, y tanto la violencia física como la violencia moral (intimidación).

- En fin, la doctrina desde el siglo XIX lo calificó como delito “formal”, en el sentido de que, pese a la renuencia del legislador a incriminar las fases preparatorias, en este caso, la excepción fue legalmente constante en el tiempo, puesto que lo que caracterizaba a los delitos de rebelión y a todos los delitos contra el orden público, era que en ellos la alarma no constituía el daño mediato, sino el inmediato.

Por último, hay que reconocer que la sedición ha sido un delito con un “éxito” decreciente. En su consideración jurisprudencial la primacía la obtuvieron las cuestiones jurisdiccionales: si la autoría o la dirección de los hechos correspondía a militares, eran los auditores los que debían asumir el proceso. En caso de guerra la situación se generalizaba.

De ahí que la consulta de la jurisprudencia no ofrezca muchos resultados. Y en el siglo XX, menos aún.

El mero enjuiciamiento por esos preceptos del Código fue una rareza desde mediados del siglo XX. Desde 1978 las escasas excepciones sólo llegan a ser procesamientos de autoridades locales y autonómicas del País Vasco y, posteriormente de la Generalidad catalana en ambos casos en relación con actuaciones independentistas y desestimadas por los correspondientes tribunales superiores de Justicia. Desde 2015 la jurisdicción militar sólo se ejerce en tiempo de guerra.

Su “éxito” propició su ruina: la condena por este delito dentro de la judicialización del proceso secesionista catalán, finalmente es lo que ha llevado que entrara en el mercado político y que se liquidara a precio de saldo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Cano Paños, Miguel Ángel. “Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad REEPS* 5 (2019) www.ejc-reeps.com
- Collantes de Terán de la Hera, María José. “Análisis Histórico-Jurídico del delito de sedición en la España del siglo XIX”. *Millars* LIV (2023/1): 71-94. <http://dx.doi.org/10.6035/Millars.2023.54.4> -
- García Rivas, Nicolás. “Título XVIII. Delitos contra los poderes y orden públicos”. En Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Gabinete de Documentación y Publicaciones, *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, *Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, Vol. 2 (1985).
- García Rivas, Nicolás. “Rebelión (Delito de)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18 (2018): 285-310. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5278>
- Javato Martín, Antonio María. “El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de derecho comparado”. *Cuadernos de política criminal* 126 (2018): 51-88.
- Javato Martín, Antonio. “Sobre la reforma del delito de sedición”. *La Ley* 10179, (28 de noviembre de 2022). <https://www.ejc-reeps.com/CANO%20PROCES.pdf>
- Muñoz Machado, Santiago. “La sentencia del ‘procés’”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1 (2019-2020): 51-68.
- Pino Abad, Miguel. “Consecuencias penales de las aonadas desde el final de la Guerra de la Independencia al de la primera carlista”. *Glossae. European Journal of Legal History* 18 (2021): 63-110. ORCID: 000-0003-3122-17143
- Rebollo Vargas, Rafael. “Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, 19 (enero de 2018): 139-178.



LA ACOGIDA POR PARTE DE LA DOCTRINA DEL CÓDIGO PENAL DE 1928 DE LA DICTADURA DE MIGUEL PRIMO DE RIVERA (1923-1930)¹⁷

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL PÉREZ¹⁸

Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones

Universidad Rey Juan Carlos

gabriela.cobodelrosal@urjc.es

Haciendo caso al viejo aforismo romano *distingue tempora, distingue loca et optime concordabis iura* en esta breve presentación del tema resulta igualmente preciso brevemente recordar el marco histórico-político en el que se sitúa nuestra siguiente reflexión: la crisis del Estado liberal evidenciada en España en la Dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930). Dicha crisis concretó de un modo claro y significado su silueta política a través de la promulgación de su Código Penal en 1928.

La citada Dictadura se desarrolló en el conocido periodo de entreguerras en sintonía con la puesta en práctica en el entorno europeo de ciertas soluciones de corte dictatorial como la soviética, la fascista o la nacionalsocialista. Meses antes de que Primo de Rivera diese su golpe al poder, lo había hecho Benito Mussolini en Italia. Su marcha sobre Roma el 27 y el 29 de octubre de 1922 y el ofrecimiento del rey de la jefatura del gobierno recibió enseguida la sanción de la aplastante mayoría de la Asamblea Legislativa. El mismo 1823 Hitler y Lüdendorf intentaron terminar con el régimen de constitucional de Weimar a través del “putsch de Munich”. Se planteaban de forma visible en la órbita europea alternativas al modelo constitucional de Estado que en definitiva proponían vulnerar el Estado de Derecho como entonces estaba constituido. Además, los Estados totalitarios que proponían tales alternativas al convencional funcionamiento de las vigentes constituciones de entonces, recibían una calurosa acogida de buena parte de las clases medias que los contemplaban como la solución para escapar o bien del capitalismo o bien del colectivismo bolchevique.

En suma, el ambiente convulso en que se sitúa la Dictadura de Primo de Rivera es el de la crisis del Estado liberal, el cual había entrado en una profunda revisión de sus postulados, visiblemente evidenciada tras la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, como reacción contraria a este tipo de soluciones totalitarias se produjo la consolidación del Estado Social de Derecho tristemente no sin antes pasar por la Segunda Guerra Mundial.

¹⁷ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹⁸ Doctora en Derecho. De marcada proyección internacional, cuenta con estancias de formación académica, docentes y de investigación en prestigiosas universidades como la Universidad Karl-Franzens Graz; la Universidad Degli Studi di Milano; la Universidad de Harvard o la Universidad San Marcos. Autora de varios trabajos en materia de codificación penal con visión histórica e Historia del Derecho Penal publicados en editoriales de reconocido prestigio. orcid.org/0000-0001-8515-4743

La Dictadura de Primo de Rivera supuso para España la primera interrupción del sistema constitucional que desde la Constitución de 1876 había marcado el rumbo político. Fue en suma la primera clara reacción a la envejecida restauración de Cánovas del Castillo, que durante medio siglo terminó por quedar marcada por unas elecciones sistemáticamente amañadas por el caciquismo. Estas elecciones eran artificiales hasta el punto de que no cabe hablar realmente de un saludable régimen parlamentario hasta la Segunda República, entendiéndose por tal, aquel sistema en el que la mayoría parlamentaria determina el color político del Gobierno.

La promulgación del Código Penal de 1928 ofrece al observador de la Historia del Derecho una herramienta normativa de alto valor a la hora de establecer una imagen clara del carácter de la Dictadura. Ello se afirma de manera escueta aquí por entender que no parece necesario incidir ahora en la recurrente idea por la que se observa al sistema jurídico penal como medular en cualquier tipo de Estado. Ni tampoco merece la pena abundar excesivamente en que se trata del sector del ordenamiento jurídico con mayor capacidad de proteger o de conculcar los derechos fundamentales. Tan sólo se recuerdan ambas realidades a fin de tenerlas presentes a la hora de aproximarse a este trabajo.

Resuelto el marco temporal y, apuntado el carácter sensible del tema, el principal objeto de la investigación aquí propuesta queda dirigido a estudiar la opinión de la doctrina penal de aquel momento en torno a este Código con el que se concretaba técnicamente en España la ruptura con el modelo liberal de Estado. El fin es observar su acogida, opinión o valoración en torno a un Código que venía a sustituir al vetusto Código de verano de 1870. Código así apodado por el carácter provisional con el que nació y que no fue reformado sino más de cincuenta años después y a través de una Dictadura. Tal era la complicación que entrañaba su reforma, dificultad más bien política que técnica, pues se trataba de la lenta maquinaria de la restauración que acumulaba proyectos de reforma incapaces de ver la luz.

La utilidad de esta investigación podría sintetizarse, al menos, en tres dimensiones: la primera sería continuar contribuyendo en la investigación histórico jurídica respecto a este Código pues sorprende que, en ocasiones, parece que ni éste ni la propia Dictadura de Primo de Rivera hubieran tenido lugar. La segunda dimensión sería observar hasta qué punto fue la valoración de la doctrina en torno a este Código libre en sus juicios, o, por el contrario, quedó ésta excesivamente afectada en sus criterios por el lógico apasionamiento del momento político. Ello tiene importancia en la medida en que fue la opinión de la doctrina penal la que determinó que, tan pronto se proclamó la República, no sólo se derogara este Código Penal, sino que se anulara éste ocasionando un auténtico atasco en los tribunales. Algo por demás insólito en la Codificación penal española. Y, automáticamente, se dispuso que volviera a entrar en vigor el Código de 1870, nuevamente con carácter provisional, hasta que se redactara el Código de 1932. La tercera dimensión sería la de invitar a una reflexión con proyección al presente, en torno a la posibilidad de que actualmente se esté produciendo una actitud similar en la forma de aproximarse al Derecho, tanto por parte de la doctrina como por la del legislador.

La doctrina del momento que rodeó al Código de la Dictadura de Primo de Rivera fue muy crítica en general, tanto con el contenido del mismo como incluso con la longitud y estructura del mismo. Si bien era de esperar que, dada la ideología de sus máximos detractores, encabezados fundamentalmente por Jiménez de Asúa, reprobaran cualquier norma emanada de un régimen militar, lo cierto es que muchos arrojaron críticas fundamentadas al Código de la Dictadura, pues se trataba de un texto muy extenso y

casuístico, de todo lo cual dieron cuenta sus detractores. Otros en cambio se significaron de modo genérico trasladando una imagen irreal si bien entendibles al hilo del acaloramiento político del momento.

En este contexto de crítica al Código de la Dictadura, sorprende que algunos de los aspectos especialmente censurados por esta doctrina penal no afectaban sólo al contenido, sino también a la forma en que fue aprobado el Código Penal de la Dictadura del General Primo de Rivera. Ello no sorprendería tanto si en España ya existiera por entonces una democracia como la entendemos hoy en día, pero como se ha recordado anteriormente, ésta no existía todavía. Fue por ello por lo que el sistema parlamentario de la Restauración ha sido elocuentemente denominado como “del turno”.

Sin embargo, los criterios exigidos para la aprobación del Código de la Dictadura eran más propios no sólo de una democracia incipiente, sino los de una democracia consolidada. De tal modo que se esgrimieron unos criterios de legitimidad exigidos para la aprobación de un Código que posteriormente ni la República que los reivindicaba para la Dictadura respetará al promulgar su propio Código penal en 1932. Además, dichas exigencias contrastaban, desde una perspectiva histórica, con el tratamiento otorgado a la restante codificación penal española a las cuales no se le habían exigidos los mismos criterios de legitimidad que se exigían al Código de 1928.

Se incurría con tales exigentes criterios en el peligroso proceder, tan en vigor actualmente, de trasponer el ideal jurídico del siglo XXI al pasado histórico lo cual además de llevar a conclusiones absurdas son éstas irreales. Ello porque, como se ha apuntado en anteriores investigaciones de esta autora, el Derecho histórico fue tan Derecho como el actualmente en vigor. Pues fue creado a través de los cauces que en cada momento tenían la fuerza necesaria para crear Derecho. Sobra decir que el gobierno de Miguel Primo de Rivera era ilegítimo en la medida en que rompía con las reglas del juego planteadas por el sistema de la restauración de Cánovas del Castillo. Sin embargo, las reivindicaciones que tachaban al Código de ilegal por ilegítimo eran de alto contenido fuertemente politizado que, en puridad de conceptos, reivindicaba unos parámetros de legitimidad que aún no estaban vigentes. Dicho debate era entendible en el plano político pero no tan entendible que alcanzara al Derecho positivo.

Este debate sólo se comprende mejor en el contexto de la crisis del Estado Liberal y la crisis de su propia legitimidad. Es probable que el legislador hubiera debido permanecer prudente y buscar soluciones ingeniosas que evitaran nuevamente destruir para construir. En suma, que evitaran que trascendiera dicho debate al Derecho positivo, pues recordemos que el Código Penal fue declarado nulo. A comprender este episodio legislativo he dedicado mi trabajo de doctorado y una serie de publicaciones que son el necesario punto de partida de este trabajo. Y es que habida cuenta de la dificultad de desgranar si las críticas esgrimidas al Código son técnicamente objetivas o no, este trabajo no habría sido posible desarrollarlo sin previamente acotar los reales parámetros de legitimidad a partir de los cuales fue aprobado dicho cuerpo normativo, a la luz de la Historia de la Codificación penal española.

Para desarrollar las investigaciones que precedieron este estudio, fue preciso trabajar con los tres aspectos históricamente más relevantes del Derecho, esto es; la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia. Fruto de tal aproximación se ha revisado buena parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y se han recopilado las publicaciones que comentaban el citado cuerpo legislativo. Al realizar ambas cosas, resultó evidente que

parte de lo que la doctrina afirmaba acerca del Código no se ajustaba del todo con lo que se observaba de su aplicación en la práctica judicial.

Pues al comparar los casos en que se había aplicado el Código de 1928 y comparando su posible solución con la que habría ofrecido el Código de 1870, en ocasiones las penas se incrementaban, pero no en todos los casos. Ello explica que se solicitara, con mayor frecuencia de lo que cabría deducir de haber consultado solamente a la doctrina, la aplicación del principio de retroactividad de la Ley penal para poder aplicar el Código de 1928 preferentemente por ser éste más favorable al reo. Apelándose en definitiva a quebrantar el principio de legalidad para hacer prevalecer la Ley penal que curiosamente ofrecía el Código penal de 1928.

En suma, cabe decirse que, si se hace abstracción del plano político y se observa exclusivamente el aspecto netamente técnico, el Código de 1928 en muchos aspectos fue más avanzado que el Código provisional de 1870 al que se regresó tras su anulación con el advenimiento de la Segunda República. No se trata aquí de escribir o de defender una historia de la codificación penal de buenos y malos, sino de estudiar dicha trayectoria con la mayor objetividad posible y, observarla con los mismos criterios o parámetros más allá de criterios políticos.

En suma, como se ha apuntado, hubo una doctrina que revisó con fundamento el Código y esgrimió sus críticas, muchas fundadas y muchas infundadas, sin embargo, cabe destacar que todas ellas pudieron alzar su voz, pues la Dictadura permitía abiertamente que tales críticas se prodigarán.

La doctrina penal posterior a la Guerra Civil sí ha sabido valorar algunos avances del Código penal de 1928 como: la recuperación en su estructura del Título Preliminar propio del Código de 1822 que posteriormente fue abandonado para recuperarse en el Código penal de 1995-96; la minoría de edad penal que elevó la edad en dos años con respecto al anterior Código, de tal modo que se pasó a los dieciséis años en el Código de 1928 frente a catorce en el de 1870 además fue un límite estable que terminaba con la imprecisa y peligrosa fórmula del discernimiento (valorado por el juez) del Código penal de 1870 y se crearon nuevos delitos como el de tenencia ilícita de armas y el delito autónomo del encubrimiento.

Esta creación por el Código Penal de 1928 de nuevos tipos delictivos fue una de las críticas más repetidas por la doctrina que tachó la mayoría de las veces al Código de represor. Sin embargo, muchos de los nuevos tipos creados en la Dictadura respondían a los nuevos tiempos como, por ejemplo, el de conducción de automóvil sin preceptivo permiso administrativo. Se han seleccionado aquí algunos de los ejemplos que, tras ser olvidados por los siguientes Códigos de 1932 y 1944, han acabado pasando al Código Penal democrático de 1995. En todo caso, aunque hubiera sido absolutamente desafortunado en su texto en general, la realidad es que no fue juzgado con asepsia jurídica. De modo que puede concluirse que el rechazo al Código Penal de 1928 que llevó a su anulación, no se produjo por motivos netamente técnicos sino, que descansó en gran medida en razones políticas.

Para concluir, quisiera dejar abierta la siguiente reflexión en forma de pregunta ¿Tal vez quede alguna reminiscencia actual de este tipo de acalorada aproximación al

Derecho que afecta al legislativo, a la hora de, por ejemplo, crear nuevos delitos o derogar otros existentes?

BIBLIOGRAFÍA

Antón Oneca, José. “Los antecedentes del nuevo Código penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (154), Editorial Reus, Madrid, 1929.

Cobo del Rosal Pérez, Gabriela C. “Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal”, *Anuario de Historia del Derecho español*, T. LXXXI, (2011): 921-969.

Rodríguez Devesa José María y Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*, 17ª Ed., Madrid, 1994.

Jiménez de Asúa, Luis y Antón Oneca, José. *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Tomo I, (Editorial Reus: Madrid, 1929).



**III. LA VULNERACIÓN DE LA NORMA DESDE UNA OPTICA
MULTIDISCIPLINAR: DERECHO PENAL, INTERNACIONAL E
HISTORIA DEL DERECHO**

EL DESAFIO DEL CRIMEN ORGANIZADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS¹⁹

JUAN EMILIO SUÑÉ CANO²⁰

Profesor Asociado Derecho Internacional Público

(Universidad Complutense de Madrid)

La literatura, el cine y la televisión tienden a reflejar, con loables excepciones, un cierto ideal romántico y atractivo sobre el crimen organizado, que resulta completamente ajeno a esta terrible realidad.

El crimen organizado está conformado por redes delictivas organizadas fluidas que se benefician de todo tipo de actividades ilícitas siempre que haya demanda de las mismas. Por desgracia, esta demanda es mucha, variada, y siempre conlleva un daño directo o indirecto a la sociedad.

En el mundo globalizado actual, el crimen también se globaliza y estos “mercados ilegales internacionales” logran operar cada vez más en el anonimato y generan estructuras cada vez complejas que mueven grandes cantidades de dinero y causan inmensos daños en el bienestar humano.

No nos llamemos a engaño, el crimen organizado transnacional (COT en adelante) es un gran negocio. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), ha estimado en diversas ocasiones que el COT generaba alrededor de 900 mil de millones de dólares estadounidenses por año, lo que es el equivalente al 1,5% del PIB mundial. A su vez sus estimaciones suponen más de seis veces la cantidad de asistencia oficial para el desarrollo correspondiente y equivale a casi al 7% de las exportaciones mundiales de mercancías.

El crimen organizado transnacional tiene muchas variantes, tal vez las más visibles sean el tráfico de drogas, armamento y de personas. Los grupos de COT socavan los sistemas financieros a través de lavado de dinero, obteniendo grandes sumas de dinero que a su vez ponen en riesgo las economías legítimas y directamente impactan en los procesos públicos a través de la corrupción.

Todas las actividades del COT producen altos beneficios para sus operadores y se traducen inevitablemente en un alto riesgo para las personas que son víctimas de estas. Cada año, miles de personas pierden la vida en manos de delincuentes involucrados en el crimen organizado, sucumben a los problemas de salud relacionados con las drogas o

¹⁹ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

²⁰ Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado en ejercicio.

lesiones infligidas por armas de fuego, o padecen los métodos sin escrúpulos de los traficantes y tratantes de personas.

Y todo ello ocurre en el contexto de una globalización que, como se ha indicado, ha alcanzado también. Así, mercancías ilícitas pueden tener origen en un continente, trasladarse a través de otro, y finalmente comercializarse en un tercero, como ocurre, por ejemplo, en la denominada ruta africana de la droga, donde partiendo de su producción en países iberoamericanos se reenvía a regiones costeras de África desde donde llegará a su destino final en los países europeos.

Esta naturaleza transnacional del crimen organizado conlleva que las redes criminales creen vínculos más allá de fronteras estatales capaces de superar diferencias culturales y lingüísticas para lograr sus objetivos.

Pero, además, el COT tiene la capacidad de infiltrarse o “contaminar” instituciones mercantiles, gubernamentales y políticas, fomentando la corrupción siendo una lacra para el desarrollo económico y social que socava la gobernabilidad y el imperio de la ley.

Por ello, se puede considerar el crimen organizado como un fenómeno en constante evolución que se adapta a entornos cambiantes a medida que surgen nuevas vías delictivas, fluctuando así las relaciones entre las redes criminales cada vez más sofisticadas y con un alcance y repercusión global.

Para entender que supone el propio concepto crimen organizado se atribuye, por lo general, al estadounidense John Ladesco, que en 1929 recurrió a ella en referencia a las operaciones delictivas realizadas por parte de la mafia. Esta definición, actualmente superada, ha llevado a que con frecuencia se cometa el error de no diferenciar organizaciones criminales convencionales y crimen organizado.

Es cierto que ambos términos se refieren a un grupo de personas que, para la consecución de sus objetivos, llevan a cabo acciones ilegales. La principal diferencia radicaría en que en el crimen organizado cuenta con personal con las vinculaciones necesarias para buscar la impunidad de sus acciones mientras que los grupos criminales carecen de esas redes.

En el ámbito de la Unión Europea, en su acción contra la delincuencia organizada, la Comisión Europea señalaba ya en 1998, que “*la delincuencia organizada se define, de acuerdo con la acción común 98/733/JAI del 21 de diciembre de 1998, como una asociación estructurada, de más de dos personas, establecida y que actúa de manera concertada, con el fin de cometer infracciones punibles con penas privativas de libertad o de una pena más grave*”.

En todo caso, la lucha contra el COT apenas puede producir resultados en actuaciones nacionales particulares por lo que resulta de vital importancia la cooperación entre Estados. De ahí la urgente necesidad de contar con un concepto uniforme de COT a nivel internacional, a fin de armonizar la definición y promover mecanismos de cooperación entre todos los Estados para poder enfrentarlo a nivel internacional. Por ello, en el año 2000 se adoptó en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra

la Delincuencia Organizada Transnacional. Un tratado internacional que recoge definiciones universales sobre este fenómeno y establece mecanismos para enfrentarlo.

Esta Convención, aprobada en el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas entró en vigor en 2003 y es la única de este tipo. Supuso un logro histórico ya que representa el reconocimiento de la comunidad internacional de la lacra que supone el COT y pone sobre la mesa un compromiso de la comunidad internacional para combatirlo.

La Convención contra la Delincuencia Organizada ofrece así a los Estados Parte un marco para enfrentar y prevenir el fenómeno del COT, a la par que proporciona una plataforma para la cooperación en este ámbito.

Uno de los principales logros es que los Estados Parte se comprometieron a incluir y/o revisar en su legislación penal las tipologías penales de crimen organizado, pertenencia a grupos de crimen organizado, blanqueo de capitales, corrupción y obstrucción a la justicia entre otros. Igualmente, al convertirse en partes de la Convención, los Estados tienen acceso a un nuevo marco legal en materia de asistencia jurídica mutua y de extradición, así como a una plataforma para reforzar y fortalecer la cooperación policial. Al ratificar la convención los Estados se comprometen igualmente a promover la formación y la asistencia técnica destinada a fortalecer la capacidad de las autoridades nacionales para hacer frente al crimen organizado.

Puede sorprender que la Convención no contenga una definición específica del término COT ni incluya una lista de los tipos delictivos que podrían constituirlo, pero esta ausencia fue premeditada a fin de permitir una concepción y ámbito de aplicación lo más extensos posibles para poder adaptarse a los nuevos tipos de delitos emergentes en constante evolución a la par que las realidades locales, regionales y globales van variando, teniendo en cuenta la complejidad global de esta problemática y dando lugar a un marco para cooperación que permita afrontar el abanico más extenso de preocupaciones comunes.

A pesar de esto, la Convención sí posee un listado de “características” para que una actividad o grupo crimina pueda considerarse de COT, así en su artículo 2(a) se especifica que:

1. *Un grupo de tres o más personas que no fue formado de manera aleatoria;*
2. *Que ha existido por un periodo de tiempo;*
3. *Actuando de manera premeditada con el objetivo de cometer un delito punible con, al menos, 4 años de encarcelamiento;*
4. *Con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material.*

Debe tenerse en cuenta además que la UNTOC (siglas en inglés para la Convención) cubre, únicamente, delitos que sean considerados "transnacionales", lo que supone un término bastante extenso, refiriéndose no sólo a los delitos cometidos en

cometidos en más de un Estado, sino también a aquellos que tienen lugar en un único Estado pero que son desarrollados por grupos que operan en varios Estados, así como delitos cometidos en un Estado pero que tengan una importante repercusión en otro Estado.

En este contexto, la Convención recoge un concepto muy amplio y diversas definiciones de que se entiende COT, incluyendo virtualmente a todas las actividades criminales graves con ánimo de lucro y con derivaciones internacionales.

Por todo lo anterior se podría resumir que COT es: *la actividad delictiva de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico, político u otro beneficio de orden material.*

Finalmente, y este mismo ámbito internacional, en este campo también se debe tener en cuenta el hito que representó la creación de la UNODC (siglas en inglés de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) que siguió el camino marcado por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus tres protocolos -relativos a trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de armas de fuego - que lo complementan.

Sin lugar a duda, las actividades de los grupos de COT amenazan en numerosas ocasiones, de manera directa o indirecta, los derechos humanos.

Además, en su búsqueda de impunidad para sus acciones tratan de socavar el estado de derecho a menudo mediante cohecho, corrupción e intimidación. Asimismo, en muchos lugares, estos grupos recurren frecuentemente al uso de la violencia para generar miedo entre la ciudadanía a la par que degradar la confianza de la población en los organismos estatales. Así, un Estado debilitado por la corrupción y la violencia se encuentra cada vez más incapacitado para proporcionar seguridad pública y mantener el estado de derecho, fomentando a su vez el caldo de cultivo ideal para la expansión de la corrupción y el crimen organizado. Todo ello se convierte en un nefasto ciclo vicioso.

Por tanto, no es solo que los miembros de los grupos criminales violen los derechos humanos de las personas, sino que el crimen organizado es capaz de generar y promover un entorno de corrupción e impunidad que facilita todo tipo de atrocidades.

En algunas coyunturas el crimen organizado es capaz de infiltrarse hasta tal punto en las estructuras estatales que las mismas dejan de representar al Estado y en su lugar trabajan en función de los intereses de estos grupos criminales.

En este entorno, obtener justicia y reparación es un objetivo ilusorio y se ponen en riesgo los derechos humanos de poblaciones enteras.

Evitar la permeabilidad de los grupos criminales en las estructuras estatales debe ser una prioridad ya que los desafíos que plantea el crimen organizado suponen todo un reto para los Estados que deben ser conscientes de su relevancia con fin de preservar los derechos humanos, consolidar el Estado de derecho y reforzar la democracia.

Pero esa actuación del COT, que no solo incide individualmente sino de forma general en la sociedad, es más grave por su segunda e importante implicación, que no se limita al ámbito nacional, sino que traspasa fronteras.

Así, el COT abarca prácticamente todos los actos delictivos graves no solo en un Estado sino en un ámbito internacional, siendo una amenaza mundial con efectos a nivel local, regional y nacional que afecta a todos, tanto países desarrollados como en vías de desarrollo.

En su actividad, las redes de COT pueden ejercer su influencia a través de diferentes tipos de vinculaciones con el aparato estatal. En algunos países, los grupos de COT han sido capaces de penetrar profundamente y enraizarse en las instituciones estatales llegando al extremo de lograr sustituir en algunos de sus feudos al propio Estado.

Además, el COT es oportunista y siempre está el acecho. Se puede apreciar como a lo largo de países en todos los continentes, los distintos grupos siguen un patrón común buscando debilidades en regiones posconflicto. Así, se instauran aprovechando la debilidad o directamente la ausencia de estructuras estatales y crean o corrompen los preexistentes cuerpos armados, fuerzas paramilitares y estructuras clandestinas de seguridad, transmutándolas en miembros activos del COT.

Por todo ello, se puede afirmar que el crimen organizado socava los propios fundamentos de la convivencia social al atentar contra la democracia a través de la corrupción y la erosión del Estado de derecho. Además, fomenta la exclusión social y limita la actividad política, no solo con la finalidad directa de beneficiar sus actividades y ganancias sino igualmente con la de reducir de este modo las oportunidades de subsanación de conflictos por vías pacíficas, buscando la desestabilización política para ejercer el mayor control posible.

A través de todos estos medios los grupos de COT no operan desde el subterfugio de la sociedad, sino que permean las instituciones estatales.

Así, las dos principales vías a través de las cuales el COT, valiéndose obviamente de sus redes de poder y de sus ganancias económicas, se infiltra en las instituciones estatales son la corrupción de servidores públicos y la distorsión de la competencia política. Al debilitar a los partidos políticos se facilita la corrupción, a la par que logran erosionar la confianza de la ciudadanía en las instituciones representativas. La búsqueda del poder a cualquier precio y de entornos de influencia en el electorado o de aportaciones económicas que ayuden en las campañas electorales favorece y facilita que los políticos entren en contacto con grupos de COT.

Por tanto, la corrupción, a todos los niveles, es un factor esencial y beneficioso para los grupos de COT. Gracias a ella pueden obtener desde facilidades en sus turbios manejos hasta directamente la impunidad. Se considera que los grupos más vulnerables a actos de corrupción son las fuerzas y cuerpos de seguridad, los sistemas de procuración de justicia y los políticos, aunque, como ya se ha mencionado, la corrupción puede darse a todos los niveles desde un miembro de cuerpos de seguridad locales hasta altos cargos

estatales. Por ello, los COT operan de distintas formas que abarcan desde los sobornos ocasionales o con prácticas de cohecho ya comunes y enraizadas por lo general en servidores públicos a pie de calle; corrupción sistemática de numerosas instituciones estatales de forma sostenida e implicando a altos funcionarios; o mediante la financiación de campañas electorales y de los partidos políticos.

Se puede analizar su huella principalmente desde dos perspectivas. En primer lugar, por los costos económicos generados por el COT y, en segundo, por los factores socioeconómicos que favorecen con sus actividades delictivas, ya que sin el debido control resulta alarmante la proporción que la economía informal derivada de las actividades del COT puede representar en diversos países o regiones hasta el punto de que cabe cuestionarse seriamente si estos fueran económicamente viables sin la concurrencia de todo este tipo de actividades ilícitas.

Por lo que respecta al COT, está demostrado que genera nuevas formas de violencia, debilita las instituciones, afecta al cumplimiento de la ley y amenaza la soberanía territorial desacreditando a los Estados que lo padecen ante la comunidad internacional.

Sin embargo, lo paradójico es que los grupos de COT no están realmente interesados en destruir el Estado, sino más bien en mantener un Estado débil que les permita llevar a cabo sus actividades ilícitas bajo la cobertura estatal a la par que llegan a posiciones de influencia en los sistemas de gobernabilidad internacionales.

Además, la globalización, a la par que ha facilitado nuevas redes y actividades del COT, ha socavado aún más la capacidad de los Estados para controlarlo a nivel individual. Han surgido así actores no estatales que operan a través de las distintas fronteras nacionales, socavando los derechos humanos de diversas poblaciones y la gobernabilidad de varios Estados a la vez.

Las actividades del COT ponen claramente de manifiesto la vinculación entre la corrupción, la economía ilegal y la debilidad estatal siendo un Estado débil o frágil la base de operaciones idónea sus actividades criminales.

En consecuencia, respeto de los derechos humanos y lucha contra el crimen organizado convergen en la imperiosa necesidad de que impere el Estado de Derecho. Para ambos objetivos se requieren instituciones de procuración de justicia y fuerzas y cuerpos de seguridad que operen correctamente, ya que mediante sus actuaciones los grupos de COT serán neutralizados y los derechos humanos serán garantizados.

No en vano como dijo Maximilien Robespierre: *“Los países libres son aquellos en los que son respetados los derechos del hombre y donde las leyes, por consiguiente, son justas”*.

BIBLIOGRAFÍA

The United Nations Convention against Transnational Organized Crime and International Human Rights Law (2022)

Building and Strengthening Resilience to Organized Crime at Times of Crisis -Annex to the Organized Crime Strategy Toolkit (2023)

LOPEZ MARTIN AG (2016) Nuevos Retos y Amenazas a la Protección de los Derechos Humanos en la era de la Globalización.



LA VULNERACIÓN DEL DERECHO Y SU REFLEJO LITERARIO²¹

Alicia Duñaiturria Laguarda, profesora de Historia del Derecho²²
(Universidad Complutense de Madrid)
alidunai@ucm.es

La elección de la Literatura como foco que he elegido en esta intervención, en las actas que la recogen y en el capítulo posterior, no es casual. Obedece a varias razones, entre ellas, y en primer lugar a mi propia afición literaria, que desde siempre he cultivado y que con los años va a más. En segundo lugar, a la convicción de que la Literatura es un reflejo, con mayor o menor ficción, de la propia vida, luego, entre las páginas de un buen libro podemos encontrar la vida misma. La sociedad, las instituciones, la moral y por supuesto, el Derecho, que no solo es sólo norma, norma escrita, árida, abstracta, general, sino es control, orden, es costumbre, es un hábito, a veces proveniente de una regla divina, otras de una regla humana. Cómo sea esa sociedad, lo será su Derecho, y así lo han entendido en los últimos años, desde el mundo anglosajón, un movimiento que aúna la Literatura y el Derecho (*Law and Literature Movement*) y que ha ido calando y haciéndose hueco en las Universidades españolas, al igual que con el cine.

Por otra parte, y dentro del Ordenamiento jurídico en general, la rama penal es la más social que existe, puesto que toca la “fibra sensible” del individuo, al afectar a su vida, su integridad, su hacienda y todo aquello que forma el universo más íntimo del ser humano. Y la Literatura, con la naturaleza subjetiva que se la presupone (en la medida es que es ficción), nos acerca al problema, al delito, a la víctima, a las causas y a las consecuencias, acercándonos o alejándonos de víctima y victimario según nos guíe el autor, pero siempre, haciéndonos “aprehender” un nuevo aspecto de lo criminal.

En Derecho penal se estudian los delitos clasificándolos -entre otros criterios-, en función del bien jurídico protegido. Esta misma clasificación, más aleatoria y breve, es la que he elegido para intervención, viendo que, lo que antes fue delito, hoy puede ser un derecho consagrado en los más importantes textos constitucionales nacionales e internacionales.

Si comenzamos con la **libertad de conciencia** como bien jurídico vulnerado, hemos de partir de la Grecia clásica, pues allí encontramos los primeros ejemplos en que la conciencia propia de un individuo (muchas veces ajena al sentimiento religioso) choca abiertamente con la norma (la Ley) y, por lo tanto, es sojuzgada. Es el eterno conflicto

²¹ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

²² Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2007). Profesora de Historia del Derecho y de Sistemas Jurídicos Contemporáneos.

entre la Ley Natural y el Derecho positivo, materializado en la célebre tragedia de Sófocles, *Antígona*.

Antígona, es hermana de Eteocles y Polinices. Junto a Ismene, forman los cuatro hijos de Edipo, figura emblemática de la Tebas clásica griega que se arranca los ojos y abandona la ciudad cuando descubre que se ha casado con su madre Yocasta. Los hermanos varones se enfrentan -tras establecer turnos- por el poder, siendo Polinices el que ataque a Eteocles cuando éste no quiere llevar a cabo la transición de poder. La muerte de ambos lleva al trono de Tebas a su tío, Creonte. Hay una ley escrita, un edicto (*kerugma*), que prohíbe dar sepultura al hermano muerto, pero hay una norma de conciencia, de la moral, la de Antígona, que versa sobre lo contrario. Antígona, la heroína griega por excelencia, se enfrenta a todo y a todos por su conciencia, aún sabiendo que puede morir.

Por su conciencia también murió Sócrates al ser condenado por el tribunal ateniense a la ingestión de cicuta; fue acusado de los delitos de *asebeia* y de corromper a la juventud. Por *asebeia* entendemos negar a los dioses del Olimpo, algo que, en el caso de Sócrates no es del todo cierto, puesto que él solo reconocía como válida a su conciencia (su *daimon*), sin negar el panteón de dioses y menos dejar de hacer los ritos que se reclamaban. Igualmente, la acusación de corromper a la juventud vino de la mano de Anito, un curtidor de pieles cuyo hijo había preferido seguir la estela del filósofo en lugar que la del negocio lucrativo del padre. El famoso juicio al filósofo quedó plasmado en la Apología de Platón.

La heroína griega de ficción, Antígona, y el filósofo más preclaro de la Antigüedad, vulneraron el Derecho por razón de su conciencia y fueron condenados a perder la vida. La Literatura clásica permite aproximarnos a un conflicto jurídico de valor inmemorial.

Otro de los bienes jurídicos se refiere a la **libertad de credo**.

La sociedad del siglo XXI se sustenta, entre otros pilares, en la libertad de pensamiento y sus correligionarias libertad de credo y de culto. Salvo las facciones más extremistas del Islam, para las cuales aún existen delitos religiosos como la apostasía o la herejía, en el resto de sistemas jurídicos, al menos teóricamente, se ha separado la Religión del Estado y por ende, el derecho penal no castiga la heterodoxia de pensamiento. La libertad de culto es un derecho consagrado en las constituciones de casi todos los países y en los principales textos programáticos de Derecho europeo e internacional. Pero no siempre ha sido así. Desde el inicio de la Historia, cuando una religión ha pasado a ser la hegemónica u oficial, como sucedió con el Cristianismo a raíz del Edicto de Teodosio del 380 d.C, los restantes credos han quedado cuanto menos en minoría, si no, ampliamente perseguidos. Periodos de convivencia religiosa se han sucedido con periodos de abierta intolerancia y persecución, como vivió la Península Ibérica (cristianos, judíos y musulmanes) y que autores como Jesús Sánchez Adalid con la gran mayoría de sus obras, pero especialmente con *El mozárabe*, refleja.

Las luchas religiosas lo fueron también políticas, cuyo vivo ejemplo lo muestra la Reforma luterana. La escisión de Europa en dos, la protestante y la católica, dio pie a una Literatura de la Contrarreforma cuyos principales ejes lo forman los autores del Siglo de Oro español. En aquel momento se creó una sociedad de sospecha que, aunque puso el

foco especialmente en el judeoconverso, también, aunque en menor medida, en el sospechoso de protestante. *El hereje*, de Miguel Delibes, narra la vida de Cipriano Salcedo, un comerciante de pieles de Valladolid quien, descontento con el sentir de la época que le ha tocado vivir, se aproxima al que fue el “Grupo de Cazalla”. Es una magnífica novela para adentrarnos en ese momento del reinado de Felipe II, 1558.

La época de las Guerras de religión que asolaron Europa durante el siglo XVII son un buen ejemplo de dicha intolerancia, que llevaron, incluso, a la fundación de nuevos territorios, como las colonias inglesas de América, donde a sus costas arribaron puritanos que querían practicar libremente su credo. Si unos buscaban la libertad, otros la violentaron salvajemente. La matanza de los hugonotes acaecida durante la tristemente célebre Noche de San Bartolomé supuso el clímax de la espiral de violencia que se había desatado entre católicos y hugonotes, los protestantes franceses. A este episodio le sucedieron tres Edictos: el de tolerancia religiosa o Edicto de Nantes (Enrique IV, 1598); Edicto de Fontainebleau, revocando el anterior (Luis XIV, 1685); y finalmente, el Edicto de Versalles, con vuelta a la tolerancia (Luis XVI, 1787).

Alejandro Dumas reflejó en su *Reina Margot*, -novela que, junto a otras dos (*La dama de Monsoreau* y *Los Cuarenta y Cinco*) forma la trilogía de los Valois- los avatares que se vivieron en aquella Francia de pesadilla.

En la Inglaterra de Carlos I Estuardo, antes de la aparición de la Monarquía parlamentaria, tuvo lugar la guerra civil inglesa entre los realistas, afines al rey, y los partidarios del Parlamento. Pero además de un enfrentamiento por la manera de entender el poder, hubo un trasfondo religioso, como era el de los anglicanos contra los puritanos, representados por Cromwell. La ejecución del rey trajo una fallida experiencia republicana y el nacimiento de la Monarquía parlamentaria con Guillermo de Orange y el texto del Bill of Rights (1689). Para comprender el periodo de la guerra civil inglesa y ese trasfondo anglicano/puritano es muy recomendable la lectura de *Rebeldes y traidores*, de Lindsey Davis.

Volviendo al periodo anterior, donde todavía había antijudaísmo y no antisemitismo, se puede traer a estas páginas la decisión adoptada por los Reyes Católicos en 1492: la conocida Pragmática de expulsión de los judíos de Sefarad. Este es uno de esos claros ejemplos en donde la perspectiva histórica nos permite ver con claridad como el linde entre Derecho penal y poder se torna muy difuso. Para mantener la ortodoxia de pensamiento y evitar alteraciones de orden público, los monarcas tomaron la decisión de conversión o expulsión: aquellos que optaron por lo primero, los judeoconvertos, pasaron a estar en el punto de mira de la todopoderosa y recién creada Inquisición española, que sancionaba al falsamente converso como hereje. Una de las más célebres novelas sobre la expulsión, que se convirtió en un auténtico *bestseller*, fue *El último judío*, de Noah Gordon, centrado en la vida del judío toledano Yonah. En la misma línea, aunque hilvanando los pogromos medievales con la persecución nazi, Chufo Llorens nos narra como un *thriller* la historia de dos mujeres judías y sus familias en *La saga de los malditos*.

Esa Edad Media, tan plena de conflictos religiosos con consecuencias penales, puesto que la Religión no estaba separada del Estado, se eliminará de raíz cualquier desviación de pensamiento por considerarla herética y un ataque a los dogmas. En *El*

número de Dios, José Luis Corral nos aproxima no solo al mundo de la construcción de las grandes catedrales góticas, sino de los cátaros o albigenses, herejía de la Occitania francesa que fue desmantelada por la cruzada del papa Inocencio III.

La mejor y más conocida de las novelas históricas medievales, *El nombre de la Rosa*, de Umberto Eco, es el más claro exponente de cómo la Literatura es una fuente del Derecho. En esta obra se abordan conflictos religiosos del mismo seno de la Iglesia (sectas como los *fraticelli*), excomuniones (los franciscanos como Miguel de Cesena o Guillermo de Ockam, alter ego de Guillermo de Baskerville en la novela), la temida Inquisición medieval, la Iglesia como señorío eclesiástico, pero también, y sobre todo, el trasfondo es el proceso romano canónico, la más destacada herencia jurisdiccional que tenemos del Derecho romano y del derecho canónico.

Pero es interesante volver de nuevo a la Historia del siglo XVI, a un momento donde vulnerar una religión se convirtió en una cuestión “de Estado”. Me refiero al periodo que culminó con la expulsión de los moriscos de la Península en 1609. *La Mano de Fátima*, cuyo autor es Ildefonso Falcones, historiador del Derecho, se centra en el Edicto de expulsión de Felipe III que culminó con una política contra los otrora mudéjares, una vez Granada había capitulado ante los Reyes Católicos.

Sigamos con la **libertad de expresión** (las ideas políticas)

La libertad de expresión es el derecho, el bien jurídico más perseguido cuando un régimen deviene en autoritarismo. Muchos han sido los momentos en que pensar contrariamente al poder era delito, pero centrémonos en el advenimiento del comunismo y la aparición de la URSS, donde las palabras fueron convertidas en vulneración jurídica de un Derecho injusto.

Cuando se produjo la Revolución rusa en 1917, en Rusia comenzó un episodio cruento de represión literaria. Frente al “constructivismo”, una manifestación artística que rendía culto al proletariado y todo lo relacionado con el mundo obrero, es imprescindible citar una obra literaria de los primeros años, crítica con la idea de crear al nuevo “hombre soviético”, que circuló clandestinamente (*samizdat*) como parodia y sátira brutal. Me refiero a *Corazón de perro*, de Mijail Bulgákov, que no vería la luz oficialmente hasta 1987.

La imposición de ideas desde el poder llegó a un punto central hacia 1932, cuando todas las corrientes literarias fueron suprimidas a través del proceso de ilegalizar las asociaciones artísticas. En el año citado, el líder, Stalin, promulgó un decreto de reconstrucción de las organizaciones literarias y artísticas que, a la postre, no era otra cosa mas que domeñar cualquier expresión artística, sometida al control estatal.

Muchos autores que empezaron acogiendo con esperanza la Revolución para salir de la Rusia zarista, en los años terribles de represión soviética se suicidaron (el poeta Mayakovski, quien se disparó al corazón), o perdieron a casi toda su familia, como la poetisa Anna Ajmátova.

Con la muerte de Stalin y la llegada de Jruschov al poder, parecía que se podían abrir algunos claros en el negro futuro que les aguardaba a los escritores, entre otros artistas.

Pero no fue así; el nuevo Jefe de Estado ha dejado como legado para la posteridad la imposición de renunciar al Premio Nobel, en 1958, de uno de los más célebres autores rusos, Boris Pasternak, por su *Doctor Zhivago*. Pasternak fue expulsado de la Unión de escritores soviéticos y no fue hasta 1988, en tiempos de Gorbachov y la Perestroika cuando su vida y su obra han sido rehabilitadas.

Algo similar sucedió con la obra de *Archipiélago Gulag* de Alexander Solzhenitsyn, Premio Nóbel de Literatura en 1970, expulsado de la URSS, privado de ciudadanía y rehabilitado con la apertura.

Las purgas, el secuestro de libros, la privación de libertad, la represión y el castigo han sido, como se ha dicho más arriba, propias de todas las épocas de la Historia. También hemos de referirnos a las piras que se hicieron en el periodo nazi, a la represión, al exilio, a la destrucción de vidas y obras. Algunos, los que pudieron huir, no pudieron aguantar el dolor de lo perdido y se quitaron la vida. Es el caso de Stefan Zweig, que habiendo escrito sobre la intolerancia de otros tiempos, vivió en carne propia la más radical e ignominiosa de las experiencias.

Nombres de autores o intelectuales como Bertold Brecht, Walter Benjamin, Albert Einstein, John Dos Passos, Sigmund Freud, Joseph Roth o Arthur Schnitzler, son un breve ejemplo de todos cuyas obras fueron prohibidas, censuradas o quemadas en piras (“Acción contra el espíritu anti-alemán”), como las que las fotos recogen en la famosa quema de 1933. Esa idea de considerar la literatura o el arte como subversivo o degenerado, que motiva la quema de obras como si se quemara al reo ausente en efigie, es propia de sociedades intolerantes. La vimos también en Grecia, cuna de la democracia, con la llamada Revolución de los Coroneles del pasado siglo, donde la Oficina de Censura era la encargada de autorizar la publicación de documentos impresos. Se elaboró por entonces una larguísima lista en la que se prohibían no solo obras modernas, especialmente obras rusas (Dovstoievski, Chejov), sino también obras clásicas griegas, destacando entre ellas la famosa *Antígona*, de Sófocles, que ha ocupado una parte importante de este trabajo.

¿Es algo del pasado considerar las ideas una vulneración del Derecho? Por desgracia, la respuesta es un no rotundo. Prueba de ello la encontramos en una asociación, PEN Internacional, la más antigua organización de defensa de los derechos humanos y organización literaria internacional, entre cuyos objetivos destaca luchar por la libertad de expresión y defender a los escritores asediados, encarcelados o asesinados por sus ideas. Nacida en 1921 en Inglaterra de mano de Catherine Amy Dawson Scott, poetisa británica, hoy tiene estatus especial consultivo en Naciones Unidas (ONU) y estatus de asociado con la UNESCO. Formada por cuatro Comités, uno de los más especiales es el Comité de Escritores encarcelados, que publica, cada dos años, una relación de escritores que han sido represaliados.

La intransigencia, por desgracia, siempre está presente, y aparece, cualquiera que sea el régimen o el credo: tenemos muy presente el último ataque que el escritor de origen indio, Salman Rushdie recibió en Nueva York el pasado año mientras impartía una conferencia, que casi le cuesta la vida por segunda vez. El origen de su situación se

encuentra en su versión del Corán llamada *Versos satánicos*, evidentemente crítica, que le valió la condena mediante fatwa o dictamen del ayatolá Jomeini en 1988 por blasfemo.

Y en relación al bien jurídico más importante, **la vida...**

El mundo del crimen tiene un género propio, la llamada en la actualidad novela negra, aunque tiene una precursora en la novela policiaca. La Literatura de ocio apareció a principios del siglo XIX cuando, a consecuencia de la industrialización y la mejora en las condiciones de vida, surgieron grandes urbes y a la vez, barrios periféricos con tendencia a la marginalidad. Junto a la prensa amarilla y los conocidos folletines, apareció la **novela policiaca**.

Entretenía al público porque se planteaba como un enigma, un reto, al usar el método deductivo (de lo general a lo particular) en sus pesquisas. Para tales deducciones se empleaba la razón, pero con otros compañeros de viaje, el análisis psicológico y el conocimiento científico o médico. Por eso Hércules Poirot ensalzaba sus “células grises”, Miss Marple se vanagloriaba de penetrar en lo más oscuro de la mente humana y Sherlock Holmes, el arquetipo de la novela enigma, se hacía acompañar de Watson, que era médico.

La novela policiaca poseía rasgos propios: además de la deducción, de que el misterio no quedaba resuelto hasta el final, se desarrollaba en espacios abiertos y refinados, como casas de campo, con un lenguaje más culto en el que no faltaban referencias a tecnicismos de tipo jurídico o criminológico. No solía haber intriga amorosa, no tenían cabida las mafias ni asociaciones ilícitas y siempre había un cadáver.

Otra de las ventajas de la novela policiaca es que se podía trasladar a cualquier época de la Historia, como es el caso de la citada *El nombre de la Rosa*, puesto que el franciscano Guillermo de Baskerville va “inquiriendo” mediante el uso de su extraordinaria inteligencia, cómo se han ido produciendo los asesinatos en la abadía, sin tener que recurrir a supersticiones o profecías.

A la novela policiaca le siguió como subgénero la **novela negra**, llamada así porque la editorial francesa Gallimard publicó obras de este tipo bajo el título de Serie *Noir*.

Hemos cambiado de contexto (la Primera Guerra Mundial, la Revolución rusa, los años 20 en Estados Unidos, el crack del 29...) y Hammet y Chandler son considerados los padres de este subgénero, que en su versión más violenta se llamó “*Hard boiled*”.

Hay diferencias con respecto a la policiaca: la situación de crisis social se refleja entre sus páginas. Hay una corrupción generalizada, con un aumento de la delincuencia, los asesinatos y el crimen organizado; es la época en los Estados Unidos de la Ley Seca, con bandas que realizan negocios sucios y se dedican al alcohol, prostitución, al juego.

Los ambientes ya no son los refinados que hemos visto, sino que se desarrolla en plena ciudad, con un lenguaje duro, hasta soez, callejero (*slang*); la novela encierra además una crítica social, porque pone negro sobre blanco la cara más descarnada de la sociedad. El enigma no es lo importante, es la violencia en sí, por eso la noche está siempre tan presente, por sus peligros, por ser la famosa “jungla de asfalto”. Si la ciudad es

protagonista, la acción también se desarrolla en lugares cerrados, donde el humo contamina aún más la atmósfera opresiva. Otro rasgo identificador de la novela negra es que muchas de las instituciones que deberían dedicarse al cuidado del ciudadano se han dejado sobornar: hay policías y jueces corruptos, y frente a ellos, el detective, que suele tener relaciones amorosas con la clásica *femme fatale*, se enfrenta a todos y a todo.

La fama de la novela negra se ha extendido por todas las latitudes, partiendo de Estados Unidos a Europa. Vázquez Montalbán, Andrea Camilleri, Stieg Larsson, son solo algunos de los autores más reconocidos, pues se desarrolla por igual en el mundo mediterráneo que en los fríos y polares solares nórdicos.

BIBLIOGRAFÍA

Platón, *Apología*, (Gredos, 2014)

Sófocles, *Antígona*, (Gredos, 2014)

Nilda A. Basalo, “El mito de Antígona”, *Feminismo/s*, N.º. 6 (2005): 17-32

Leandro Pinkler, “El problema de la ley en la “Antígona” de Sófocles”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º. 39 (1998): 165-172.

George Steiner, *Antígonas, una poética y una filosofía de la lectura*, (Barcelona: Gedisa, 1996)

Juan Pablo Ramis, “Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates”, *Atenea (Concepción): revista de ciencias, artes y letras*, n.º 491, (2005): 57-69

Mogens Herman Hansen, El juicio de Sócrates desde el punto de vista ateniense, *Universitas Philosophica*, Vol. 33, N.º. 67, (2016): 17-52

Eduardo Escartín Sánchez, “La época de las Guerras de religión”, en *Manual de Historia Moderna*, (Ariel, 1993), 231-247.

Teresa Martialay Sacristán y Fernando Suárez Bilbao, “Tolerancia e intolerancia en Castilla: el origen del antijudaísmo”, en *Estudios sobre Historia de la intolerancia*, dirigida por Javier Alvarado, (Madrid: Sanz y Torres, 2011), 17-51

Rafael Sánchez Domingo, “Cultura, Derecho y pensamiento: las minorías moriscas y judeoconversas en el reino de Castilla”, en *Estudios sobre Historia de la intolerancia*, dirigida por Javier Alvarado, (Madrid: Sanz y Torres, 2011), 51-84

María José Ciáurriz, “La intolerancia religiosa entre la reforma y la Revolución (1555-1789)”, *Estudios sobre Historia de la intolerancia*, dirigida por Javier Alvarado, (Madrid: Sanz y Torres, 2011), 237-253.

Vladimer Luarsabishvili, “La palabra prohibida: aproximación a la censura literaria en el régimen stalinista”, *Impossibilia*, n.º. 3, (2012): 116-135.

Alex Martín Escribà, Javier Sánchez Zapatero, “Novela negra y policíaca, la hija mestiza de la literatura”, *Quimera: Revista de literatura*, nº 453, (2021): 12-15

Javier Sánchez Zapatero, Alex Martín Escribà, “ Cultura y literatura estadounidenses en la novela negra y policíaca española: presencias e influencias”, *Studi Ispanici*, nº 44, (2019): 215-230

Diana Cerqueiro, “Sobre la novela policíaca”, *Ángulo Recto: Revista de estudios sobre la ciudad como espacio plural*, Vol. 2, nº 1, (2010): 7-7



LA REFORMA DEL DELITO DE TRATA EN ESPAÑA²³

ANA ISABEL CARRERAS PRESENCIO

Profesora Asociada. Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

(Universidad Rey Juan Carlos)

Abogada

ana.carreras@urjc.es

En la protección de los derechos humanos, el ámbito jurídico internacional cuenta con normas de protección que constituyen obligación para los Estados, normas imperativas de prohibición que no admiten acuerdo en contrario y de las que emanan obligaciones *erga omnes* para los Estados, normas que califican ciertas conductas como delito o crimen por una especial gravedad, y normas que recogen y tipifican crímenes internacionales generando responsabilidad internacional individual, porque son conductas consideradas de trascendencia para la comunidad internacional, y porque se ejercen bajo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Pues bien, las normas imperativas de prohibición internacionales generan una obligación para los Estados de exigir responsabilidad por el acto de violación de derechos humanos y una obligación de debida diligencia en adoptar medidas adecuadas para prevenir de forma estructural esta violación. Unas obligaciones para los Estados que generan una responsabilidad en caso de incumplimiento, únicamente jurídica moral. Y entre esas violaciones graves por la violación ejercida y por el tipo de derecho humano violado, o flagrante como los actos sistemáticos, está la esclavitud o trata de esclavos²⁴. En efecto, los Estados consideraron necesario, y así quedó establecido, que su responsabilidad es generalizada, porque es únicamente responsable un Estado cuando viola una obligación que le ha sido impuesta por una norma de Derecho Internacional consuetudinario o contractual, en función de su participación o consentimiento en obligarse.

Y es que, según nos expone la doctrina penalista internacionalista²⁵, aunque no compartido, esta responsabilidad sólo en parte de los Estados deriva de una fórmula de principios generales de los derechos humanos casi ilimitada que debería ser contrarrestada con una norma consuetudinaria más estricta, no controvertida, y una sólida práctica de los Estados, para exigir a cada uno esa responsabilidad internacional por su incumplimiento. Y porque el punto de inicio controvertido está en las definiciones.

²³ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

²⁴ Naciones Unidas. Informe de Relator Especial Theo van Boven. *Informe E/7CN.4/Sub.2/1993*, de 2 de julio.

²⁵ Ambos Kai, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”. *Política Criminal*. Vol.5 n°9. 2010, pp 237-256, p 238.

En efecto, ha sido ardua tarea para la comunidad internacional, en el proceso abolicionista de la esclavitud, llegar a consensos sobre su tipificación, no obstante se ha conseguido. Y porque es necesario determinar qué prácticas abarca el término, en qué consiste, y cuáles son las características del fenómeno y la violación de los derechos humanos relacionados con las formas de su ejercicio²⁶.

En verdad, la comunidad internacional en 1991 considera necesario y para combatir la delincuencia nacional y transnacional, así como la lucha contra la droga, adoptar resoluciones donde recogerá la obligación de los Estados de cooperar internacionalmente para luchar contra la delincuencia organizada y transnacional. Es por ello que, en el año 2000 se celebró en Palermo una Convención²⁷ de la que salieron tres acuerdos en forma de Protocolos que inciden en tres áreas principales, siendo uno de ellos es el que ahora nos interesa. Así, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niñas contempla una definición de trata de personas en el Derecho Internacional, que hasta ese momento no había sido del todo precisa, por lo que no fue fácil adoptarla. Y es que, el Protocolo se aparta del Convenio anterior para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949²⁸. Y unifica instrumentos internacionales anteriores, sobre trata de blancas y tráfico de mujeres y niños. Y porque la interpretación de la trata en el Convenio era restrictiva a la prostitución, siendo la finalidad de la trata la prostitución. Y por tanto siendo necesario buscar una intencionalidad subjetiva específica restrictiva en el actor. Por el contrario, el Protocolo, adopta para la trata un carácter transnacional, en el que participa grupo de delincuencia organizado, y siendo los fines la explotación. Es una norma que se aplica a mujeres y hombres, aun con especial atención a mujeres y niños.

Desde entonces, el ámbito jurídico internacional ha desarrollado el delito de trata de personas, desde su estudio y análisis, y por las investigaciones aportadas desde los mecanismos de supervisión que ofrece el sistema jurídico de derechos humanos. Es un delito observado desde el contexto internacional de los conflictos armados. Y porque fue objeto de interés su incorporación, aunque en vano, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional finalmente adoptado junto a sus dos textos complementarios en 1998²⁹. Y es que, había interés en enjuiciar la trata de personas, desde la Corte Penal Internacional, como elemento del crimen de guerra y del crimen de lesa humanidad, sin que finalmente se tuviera un ápice de fortuna en este sentido. A la postre, es un ilícito penal del ámbito jurídico internacional, recogido en una norma de prohibición, que genera una responsabilidad de debida diligencia para los Estados en adoptar medidas, preventivas, sancionadoras, y de reparación para la víctima.

Pues bien, el ámbito jurídico internacional aporta su desarrollo conceptual a los Estados, para su correcta labor tanto preventiva como sancionadora y reparadora. Y en tal sentido, sabemos que la trata de personas es esclavitud. Esto es, una mercantilización programada de la persona. Un atentado contra su dignidad humana. La trata es la

²⁶ Naciones Unidas. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos. *HR/PUB/02/04*.

²⁷ Naciones Unidas. Asamblea General. *Resolución 55/25*, de 15 de noviembre.

²⁸ Naciones Unidas. Asamblea General. *Resolución A/RES/317 (IV)*, de 2 de diciembre.

²⁹ *DOC A/CONF./183/9*, de 17 de julio de 1998.

esclavitud de la persona. Así, la persona sometida a trata es simplemente mercancía. Un paquete que vender directamente en origen. Un paquete que trasladar desde origen a destino para su explotación y luego venta, o simplemente explotación. Y es esclavitud porque es apropiación de la persona. Hay trata desde que la persona es mercantilizada. Y en función de la disposición de uso de la persona se clasifica la esclavitud como, sexual, laboral, mendicidad, o extracción de órganos. Es una cosificación de la persona con su disposición o uso múltiple y transversal o simplemente exclusivo.

También, y por recientes estudios multidisciplinares sobre contextos internacionales bélicos y crisis humanitarias, se establece que la trata de personas es una forma de violentar, organizada, programada e intencionada. Es una forma de violencia utilizada en conflictos armados y en crisis humanitarias, a través de actos sistemáticos violentos de naturaleza sexual, esto es, matrimonios forzosos, servidumbre doméstica, violación, prostitución forzada. Actos violentos de naturaleza sexual de persona ya tratada. Así, la explotación determina la forma de esclavitud de la persona tratada.

En efecto, una vez tratada, la persona puede venderse, explotarse y luego venderse, o puede sólo explotarse. La persona mercantilizada se introduce en un contexto de vulnerabilidad que la cosifica para su utilización múltiple o exclusiva.

Sin embargo, en España, el delito de trata de personas, tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal desde 2010³⁰, contempla la necesidad de darse dos elementos objetivos y uno subjetivo, para su enjuiciamiento y castigo.

En efecto, es necesario para enjuiciar en España el delito de trata de personas que se de en alternancia, algunas de las siguientes conductas: captación, transporte, traslado, acogimiento, o recepción, siendo necesario que el autor conozca que hubo captación. Es también necesario como segundo elemento objetivo, y sobre víctima mayor de edad, la utilización de alguno de los siguientes medios: violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de especial vulnerabilidad, entrega o recepción de pago o beneficio para lograr el consentimiento de persona que posee el control de la víctima, esto es venta entre tratantes. Y como elemento subjetivo, la necesidad de un fin o finalidad, esto es: sexual, laboral, delincuencia, extracción de órganos, o matrimonio forzado.

Y para condenar en España por delito de trata de personas es necesario, según la interpretación desarrollada por el Tribunal Supremo español, que el actor lleve a cabo alguna de las conductas descritas como elemento objetivo, que haya utilizado alguno de los medios descritos si la víctima es mayor de edad, y que se haya perpetrado con alguno de los fines descritos.

Pues bien, la trata de personas en España precisa de una profunda reforma, tanto en su tipificación, como en su conceptualización jurídica. Y porque en España no hay una distinción clara entre la utilización de la víctima como mercancía de los actos posteriores de su explotación y venta. Además, en España es necesario para enjuiciar el tipo penal que haya una acción u omisión relacionada con un movimiento de la víctima de un lugar

³⁰ BOE número 281, de 24 de noviembre de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Título VII bis. Artículo 177 bis.

a otro, porque las conductas exigen en alternancia como elemento objetivo un proceso movilizador de la víctima. Así, en particular, es asimilado en el mismo plano – transporte y traslado, cuando no lo es. Y es que, en España, sería necesario en el enjuiciamiento de la trata de personas contextualizar el tipo penal dentro de un marco criminal programado. Y porque en ocasiones, y ya expuesto, la persona tratada ha podido ser forzada por tratante a su propio desplazamiento forzado en un contexto de crisis humanitaria o bélico.

También, en España, es necesario para condenar por delito de trata de personas, en víctimas mayores de edad, que se utilice alguno de los medios descritos en el tipo penal para descartar ausencia de consentimiento de la víctima. Porque faltando alguno de los medios, la víctima ha consentido. Sin embargo, en contextos bélicos, como en crisis humanitarias, las víctimas de trata se ven inmersas en contextos de violencia que favorecen su victimización. No obstante, en España, ese contexto no es determinante para eliminar la valoración del consentimiento de la víctima.

Y finalmente, en España, el tipo penal se conceptúa por su fase final de explotación, aunque el actor no haya conseguido finalmente el fin exigido de explotación. Y ello porque cumplida la explotación o fin exigido en el tipo penal se enjuicia en concurso con los delitos subsumidos de la conducta de explotación. No obstante, nos sorprende que, si la trata entra en concurso con el delito de prostitución forzada (coactiva) o con el delito de producción de material pornográfico, se enjuicia como concurso medial, porque se considera que en ambos delitos, el bien jurídico protegido es similar, ya que la trata es el medio para esos delitos, y por tanto la pena se reduce. En cambio, cuando la trata entra en concurso con otros tipos penales, como la inmigración ilegal, la violación, o el trato degradante, entonces se enjuicia como concurso real y la pena se agrava.

Y todo ello porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y heredado de jurisprudencia anterior a 2010 donde sólo teníamos el tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal por delito de tráfico de personas, sigue interpretando que hay una ganancia económica por la trata de personas como medio para la prostitución forzada, confundiendo explotación sexual con ganancia económica, y considerando que el fin de la trata es la prostitución forzada (coactiva), esto es, equiparando la conducta del proxeneta con el tratante.

En definitiva, España necesita un ajuste conceptual jurídico profundo de la trata de personas, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, como mínimo.

BIBLIOGRAFÍA

STS 167/2017, de 15 de marzo de 2017

SSTS 214/2017, de 29 de marzo; 396/2019, de 24 de julio; y 564/2019, de 19 de noviembre.

SSTS 53/2014 de 4 de febrero; 191/2015 de 9 de abril; 861/2015 de 20 de diciembre; 449/2016 de 25 de mayo; 786/2016 de 20 de octubre; 806/2016 de 21 de octubre; y 807/2016 de 27 de octubre.

STS 420/2016 de 18 de mayo.

STS 214/2017 de 29 de marzo

Carreras Presencio, A I. “La Trata de personas con perspectiva de género”, en VVAA. *Algunas reflexiones en torno al Pacto Mundial por una migración regular, seguro y ordenada*. Editorial Dykinson. Madrid. 2019. ISBN: 978-84-1324-488-4.

Carreras Presencio, A I. *Concepto Jurídico de violencia de género*. Editorial Dykinson. Madrid. 2019. ISBN: 978-84-1324-360-3.



APROXIMACIÓN AL DELITO DE ESTAFA: CONCEPTO, ELEMENTOS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO³¹

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL³²

Abogada penalista y Criminóloga

Profesora de Derecho penal

CUNEF Universidad

leyre@saenzdepipaonabogados.com

En primer lugar, mi agradecimiento a toda la organización del evento por haberme invitado a participar en esta Jornada, gracias a la cual podré acercarles al concepto, elementos y bien jurídico protegido de la estafa: uno de los delitos siempre de actualidad, continua innovación -en cuanto a su fenomenología criminal se refiere- y que resulta de lo más inquietante, en todos los sentidos.

Tuve oportunidad de formar parte de un gran proyecto de investigación en donde mi tema -precisamente- objeto de investigación fue abordar el delito de estafa (y en concreto su elemento nuclear -el engaño bastante-) a lo largo de la historia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es uno de los delitos, ubicado en nuestro Código penal, en el artículo 248 y siguientes, dentro del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

Como antecedente histórico del delito que hoy tratamos, el llamado *crimen stellionatus* (el estelionato), se considera el precedente romano de la antigua estafa, tratando de distinguirlo del hurto y del robo, castigándose así aquellos actos que no pudieran encuadrarse en estas dos figuras delictivas.

El concepto de estafa se recoge por vez primera en el Código penal de 1822. Se trata de un concepto ambiguo y así se ha trasladado en las distintas legislaciones.

Por su parte, Antón Oneca definió la estafa como:

³¹ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

³² Doctora en Derecho y Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciada en Criminología por la Universidad Camilo José Cela de Madrid. Profesora de Derecho Penal y de Asesoría Penal y Proceso Penal en el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado (MUAPA). Además de su labor docente y de investigación, es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid (ICAM) y Criminóloga del Colegio Profesional de la Criminología de la Comunidad de Madrid (CPCM), con despacho profesional de actuación en casos de toda índole penal.

“La conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se produce un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”³³.

A día de hoy, se define en el Código penal actual (1995), dentro de las defraudaciones, en su artículo 248.1: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

¿Qué es pues estafar?

Hablamos de engañar a otro (de forma bastante), de tal forma que inducimos por error a llevar a cabo un acto de disposición patrimonial y, como consecuencia de ese acto de disposición patrimonial, se produce un perjuicio para alguien.

La problemática que enfrentamos -realmente- es la grandeza de la verdadera definición de la estafa, pues como decía Quintano Ripollés:

“La magnitud de la estafa, en el sentido de engaño lucrativo, es tan desmesurada que prácticamente y para efectos de tipificación, para poco o nada sirve, aunque su uso en el lenguaje vulgar y hasta en el forense resulte de cierta utilidad. No hay una *estafa*, como no hay un *engaño* o una *astucia*, pero sí múltiples actividades que pueden o no entrañar realidades jurídicas de carácter criminal, a condición siempre de que la norma adecuada así las defina”³⁴.

Así pues, nos encontramos ante una falta de una definición legal de la estafa. A pesar de lo cual, tanto doctrina como jurisprudencia venían admitiendo, de forma predominante, el concepto de origen germánico según el cual la estafa requería un perjuicio patrimonial, recayente sobre la víctima de la superchería o sobre otra distinta, logrado mediante engaño y obrando el autor con ánimo de lucro, ya fuera propio o ajeno, siendo indispensable que el engaño, esencia misma de la infracción, fuera antecedente y causante, de suerte que la mendacidad, falacia o maquinación sean las determinantes del perjuicio patrimonial, estimándose necesaria, además, una relación de causalidad o nexo causal entre el engaño y el perjuicio ocasionado.

En cuanto a los elementos de la estafa:

En primer lugar; y como alma nuclear del tipo, tenemos el engaño (ardid), que deber ser bastante, idóneo, es decir, debe superar la simple alteración de la verdad.

³³ José Antón Oneca, cit. por Arroyo de las Heras, *Los delitos de estafa y falsedad documental* (Barcelona: Bosch, 2005), 18.

³⁴ Alfonso Arroyo de las Heras, *Los delitos de estafa y falsedad documental* (Barcelona: Bosch, 2005), 15 y 16.

Este engaño significa suministrar una información que no es cierta, una información artificiosa, falaz, mendaz, es decir, un engaño que induce a alguien a error.

Como destaca la jurisprudencia, el engaño es la esencia, médula, eje o piedra angular de la infracción, definido por la doctrina como simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o a varias personas. Será de apreciar cuando alguien afirme como verdadero lo que es falso o cuando oculte lo verdadero, pudiendo revestir inúmeras modalidades, constituidas por cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación.

¿Cuándo es bastante este engaño? Cuando es capaz de sorprender a una persona medianamente avisada, podemos decir.

Este entendimiento excluye aquellos engaños que se sitúan por debajo de ese nivel: si la víctima incurre en error a pesar de lo burdo o grosero del engaño, fácilmente vencible en la situación concreta por el sujeto pasivo, aquél ya no será típico.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que hay un ámbito de alteraciones de la verdad que quedan excluidas por imperativo del principio de intervención mínima, al estar fuera del ámbito del engaño bastante. Asimismo, las fórmulas sociales que implican alteraciones de la verdad que vienen impuestas por los usos sociales -igualmente- quedan fuera: “las galletas que usted elabora son las mejores que he probado”, por ejemplo.

Los usos mercantiles justifican alteraciones de la verdad que son necesarias para que el mercado funcione porque pueden ponderar con exageración virtudes de un determinado producto o bien ocultar los vicios del mismo.

Así, en el tráfico jurídico, determinadas deformaciones de la verdad son toleradas, incluso algunas de ellas son generalizadas y estimadas como necesarias para el correcto desenvolvimiento del sector: así puede ocurrir con determinadas exageraciones publicitarias.

Igualmente, hay un nivel de engaño que se acepta como inocuo por no ser apto para engañar, y que conlleva un *animus iocandi*: “te vendo la alfombra de Aladino”, por ejemplo.

Por último, tenemos el problema de los engaños infantiles, engaños fantásticos, imposibles, engaños a personas que no tienen la preparación ni la perspicacia ni la capacidad para poder dilucidar si se trata o no de un engaño, qué hay de verdad en lo que se le dice.

En estos supuestos, tampoco podemos hablar de engaño bastante, debiendo acudir, llegado al caso, a otras modalidades delictivas, que podrían ser, por ejemplo, el hurto.

En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación de la disposición patrimonial perjudicial comenzará a partir

de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

El engaño, pues, tendrá que tener un mínimo de entidad, un “algo” de elaboración, podemos decir, se trata de un delito constructivo =

.hay una puesta en escena;

.una simulación;

.una disimulación;

.un artificio;

.y una artimaña.

Por otro lado, el destinatario del engaño tiene una mínima obligación de diligencia según las circunstancias que concurran en el caso concreto.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 2000, estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Terrassa, que condenó a los acusados como autores de un delito de estafa, revocándola y absolviéndoles, al no apreciar en los hechos el requisito del “engaño bastante” exigido por el tipo de la estafa.

En este supuesto, “los acusados, en el momento de formalizar la venta de una plaza de parking, manifestaron a los compradores que la hipoteca que gravaba el inmueble había sido cancelada, sin acompañar ello de documentación alguna, cuando lo cierto es que no lo había sido, pero, al mismo tiempo, los perjudicados podían fácilmente haber averiguado la falsedad de aquella afirmación”.

Vemos, pues, que la vía penal no se va a aplicar a casos en donde ha existido una falta de diligencia debida, descuidando nosotros mismos nuestro propio patrimonio.

En segundo lugar; el error, juega un doble papel: debe ser, por un lado, consecuencia del engaño y debe motivar la disposición patrimonial perjudicial.

Es, básicamente, la situación intelectual provocada por el engaño que supone una discordancia entre la representación de la realidad por parte del sujeto pasivo y la realidad misma. En definitiva, creencia ignorada o equivocada y que conlleva un acto de disposición patrimonial.

En tercer lugar; el acto de disposición patrimonial, que caracteriza a la estafa frente a otros delitos de enriquecimiento, dado que aquí se necesita que la propia víctima colabore, formalizando este elemento. Es junto al engaño - podemos decir- la nota más característica que permite la distinción entre la estafa y demás delitos patrimoniales de enriquecimiento.

Para que sea penalmente relevante debe ser entendido como “aquel comportamiento -activo, omisivo, de permisividad o tolerancia- del sujeto

inducido a error y que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.

La cosa, pues, ha de pasar de un patrimonio a otro con el consentimiento del ofendido si bien viciado por el error derivado de un engaño suficiente, un engaño (bastante).

Por otro lado, no se precisa que el sujeto que lleva a cabo el acto de disposición patrimonial y la persona que sufra el perjuicio coincidan.

En cuarto lugar; el perjuicio (daño patrimonial), es decir, el daño efectivo y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo.

Sólo el detrimento económico derivado directamente de la disposición patrimonial del engañado puede ser considerado como perjuicio a efectos del delito de estafa.

Junto a todos estos elementos anteriormente señalados, se encuentra la relación de causalidad, siendo -realmente- un componente más de la estafa.

Es absolutamente decisiva como engarce de todos y cada uno de los elementos del tipo de la estafa, de manera que el orden de aparición de cada uno de los elementos no puede ser alterado, cada uno presupone los anteriores.

Así pues, relación de causalidad de cada uno de los elementos entre sí, es decir, engañar implica mediante el artificio poner en marcha un proceso causal que concluye con la producción de un resultado que es perjuicio patrimonial para alguien, sea el engañado o un tercero.

En cuanto al aspecto subjetivo; el dolo en la estafa debe ser previo o concurrente en la dinámica defraudatoria. Y el ánimo de lucro, injusto, distinto del que motiva y caracteriza las operaciones mercantiles.

Por ánimo de lucro, debe entenderse no solo el mero provecho económico, sino también el enriquecimiento, la ganancia o, en definitiva, la ventaja patrimonial del agente o de un tercero.

Se presume, además, en función de la motivación concurrente.

Desde el punto de vista de la fenomenología criminal y en el plano subjetivo, se puede tildar la estafa de “delito psicológico” por la satisfacción que su consumación suponga y con independencia del, en su caso, enriquecimiento material que implique.

Por último, el bien jurídico protegido, partiendo del epígrafe, se sustituyó -con el Código penal de 1995- la rúbrica “De los delitos contra la propiedad”, por la de “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, constituyendo las estafas, a partir de entonces, un fraude contra el patrimonio.

La propiedad como bien jurídico había sido criticado por la doctrina por su imprecisión y vaguedad, dado que en dicho título también figuraban delitos que

afectaban a otros derechos reales y obligaciones, distintos de la propiedad. Y de ahí que se modificara a “delitos contra el patrimonio”, abarcando una mayor amplitud.

El concepto de patrimonio, ahora, más genérico, permite una determinación más acorde a los fines del Derecho penal. Así, el patrimonio englobaría el conjunto de relaciones reales y obligacionales valorables económicamente, poseídas por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico -concepto económico jurídico del patrimonio-.

En general, el bien jurídico protegido abarcaría el patrimonio considerado en su totalidad, pero concretado en alguno de los elementos integrantes del patrimonio o manifestaciones particulares: cosas muebles (materiales e inmateriales) e inmuebles o derechos.

En conclusión y para ir terminando; la estafa es una modalidad defraudatoria, a saber, un fraude que implica un engaño (estafar no es más que engañar a otro). Este engaño tiene que ser bastante, tal y como se determina en el tipo penal, para producir un error en otro, tratándose así de un delito constructivo que implica una puesta en escena, suministrando una información falsa, y elaborando un artificio.

El engaño bastante sería aquel que implicando una alteración de la verdad es capaz de sorprender la buena fe del hombre medio.

Junto con el engaño, rodean al delito de estafa: el ánimo de lucro injusto, el error, el acto de disposición patrimonial y el perjuicio de uno mismo o un tercero, existiendo un consentimiento, pero viciado por el error.

Debe existir un nexo causal entre todos estos elementos, exigiéndonos el Derecho penal una conducta de autoprotección de nuestro patrimonio, siendo así que la clave de la estafa no es protegernos de nuestra falta de diligencia, sino que nos ampara frente a los posibles comportamientos defraudatorios de terceros.

De todo ello, resultaría el bien jurídico objeto de protección el patrimonio, considerándose como tal una universalidad de carácter jurídico y económico.

BIBLIOGRAFÍA

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995).

Arroyo de las Heras, Alfonso. *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Barcelona, Bosch, 2005.

Antón Oneca, José, cit. por Arroyo de las Heras, *Los delitos de estafa y falsedad*

documental, Barcelona, Bosch, 2005.

Luzón Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2017.

Romeo Casabona, Carlos María. “Estafas y defraudaciones”, en *Enciclopedia Penal Básica*, Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.), Granada, Comares, 2002.

Sáenz de Pipaón del Rosal, Leyre. “El engaño bastante en el delito de estafa y su evolución en la codificación y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)”, en *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como Fuente del Derecho Penal (1870-1995)*, Tomo II, Sánchez-Arcilla Bernal, José (coord.), Dykinson, Madrid, 2022.

De Vicente Remesal, Javier. “Delitos contra el patrimonio”, en *Enciclopedia Penal Básica*, Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.), Granada, Comares, 2002.

