

# EL ACOSO INMOBILIARIO COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE COACCIONES Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL CONCEPTO DE VIOLENCIA

Viviana CARUSO FONTÁN

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla*

**Resumen:** La violencia como medio comisivo del delito de coacciones fue interpretada originalmente como fuerza física ejercida sobre una persona. No obstante, esta concepción se fue ampliando de acuerdo a lo que se denominó proceso de “espiritualización” del concepto de violencia para pasar a comprender casos de utilización de intimidación, fuerza en las cosas y uso de psicóticos y narcóticos. Esta interpretación ampliadora, propiciada fundamentalmente por la Jurisprudencia, pretende evitar supuestas lagunas de punición que pueden darse especialmente en casos de lo que ha pasado a llamarse “acoso inmobiliario”. El agregado de una nueva agravante en el ámbito del delito de coacciones, que eleva la pena en caso de que la conducta impida el legítimo disfrute de la vivienda, multiplica los interrogantes en torno a las conductas que deben quedar comprendidas en el artículo 172.

**Laburpena:** Pertsona batekin erabilitako indar fisiko moduan interpretatu zen, hasieran, indarkeria bortxaketa-delituia egiteko bitarteko gisa. Hala ere, ikusmolde hori zabaldu egin zen indarkeriaren kontzeptuaren “espiritualizazioko” prozesua deiturikoaren arabera, eta larderia erabiltzearen, gauzetan indarra erabiltzearen eta psikotikoak eta narkotikoak erabiltzearen kasuak ere barne hartu zituen. Interpretazio zabalzaile hori jurisprudentziak bultzatu zuen funtsean, eta balizko zigor-hutsuneak ekiditea du xede, batik bat “higiezinen jazarpena” deiturikoetan.

**Résumé :** La violence comme moyen de commission du délit de contrainte à été interprété à l’origine comme la force exercée sur une personne. Cependant, cette conception a été élargie conformément au processus de « spiritualisation » de la notion de violence, afin d’inclure les cas d’utilisation de l’intimidation, de coup de force sur les choses et de l’usage des substances psychotiques et stupéfiants. Cette interprétation plus élargie, principalement de la part de la jurisprudence, a pour but de prévenir les prétendues lacunes de punition que peuvent se produire surtout dans les cas de « l’harcèlement immobilière ».

**Summary:** Violence as a means towards committing the offense of duress was originally interpreted as the use of physical force on a person. However, this notion was gradually broadened to what came to be called the process of “spiritualisation” of the concept of violence and encompass the use of intimidation, the use of force, and the use of psychotics and narcotics. This broader interpretation, driven fundamentally by Jurisprudence, aims to avoid any possible shortcomings with regard to suitable punishment especially in cases of what has come to be called “landlord harassment”. Any new aggravating element in the domain of the offense of duress and coercion which results in heavier legal punishment in the event that such behaviour serves to impede the proper enjoyment of the place of abode, raises further doubts as to the types of conduct that should be included in article 172.

**Palabras clave:** coacción, violencia, intimidación, fuerza en las cosas, acoso inmobiliario, libertad, integridad moral.

**Gako-hitzak:** bortxaketa, indarkeria, larderia, gauzetan indarra, higiezin jazarpena, askatasuna, osotasun morala.

**Mots cles :** contrainte, violence, intimidation, coup de force sur les choses, harcèlement immobilière, liberté, intégrité morale.

**Key words:** duress, violence, intimidation, the use of force, landlord harassment, freedom, moral integrity.

## SUMARIO

1. Introducción. 2. La violencia como medio comisivo del delito de coacciones. 2.1. La configuración inicial del concepto de violencia. 2.2 Los supuestos de utilización de psicóticos y narcóticos. 2.3 Los supuestos de intimidación. 2.4. Los supuestos de *vis in rebus*. 3. El acoso inmobiliario. 3.1. La reforma del año 2010 y la introducción de la agravante en virtud de la afectación del legítimo disfrute de la vivienda. 3.2. El acoso inmobiliario en la Legislación Administrativa y en la Jurisprudencia. 3.3. El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones. Configuración y ámbito de aplicación. 3.4. El acoso inmobiliario como delito contra la integridad moral. Posibles relaciones concursales con el delito de coacciones. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se pretende llevar a cabo un análisis sobre las características del concepto de violencia en el ámbito del delito de coacciones, y, en particular, de la incidencia que en este concepto puedan tener las reformas realizadas al Código penal en el año 2010 para responder a la supuesta necesidad social generada por el fenómeno del acoso inmobiliario. Para poder comprender el alcance de estas modificaciones resulta imprescindible señalar brevemente cuál era el estado de la cuestión con anterioridad a dicha reforma.

Puede entenderse que los delitos de coacciones y amenazas son los tipos básicos sobre los que se estructura la protección que se dispensa en el ámbito penal a la libertad, ya que, a pesar de que el Título VI, dedicado a la protección del bien jurídico libertad, comienza definiendo al delito de detenciones ilegales, son los delitos de coacciones y amenazas los que están configurados para la protección de la libertad de obrar y la libertad de motivación consideradas de forma genérica. Por otro lado, el delito de detenciones ilegales se encuentra en relación de género a especie con el delito de coacciones en cuanto que protege una específica manifestación de la libertad de obrar, a saber: la libertad ambulatoria<sup>1</sup>.

El delito de amenazas protege la posibilidad del sujeto de asumir una decisión libremente, es decir, la libertad de motivación. Sin embargo, no resulta tan sencillo concretar el bien jurídico protegido en el delito de coacciones. En efecto, es discutido si este tipo delictivo se centra únicamente en la protección de un estadio posterior a la libertad de motivación, que se concretaría en la libertad de obrar conforme a una

---

1. En opinión de MUÑOZ CONDE, el delito de detenciones ilegales “no deja de ser una variante de las coacciones, aunque se diferencia de ellas en que no ataca a la libertad genéricamente considerada, sino sólo un aspecto de ella, la ambulatoria”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, p. 167.

decisión previamente asumida<sup>2</sup>, o bien si extiende la protección a la propia motivación del sujeto, o, incluso, a su capacidad de voluntad, entendida como un estadio previo al desarrollo de la voluntad. Como veremos, la decisión sobre el bien jurídico protegido por el delito de coacciones estará condicionada por la interpretación que se asuma en relación al alcance del concepto de violencia como medio comisivo del delito de coacciones.

## 2. LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO DEL DELITO DE COACCIONES

### 2.1. La configuración inicial del concepto de violencia

El artículo 172 del Código penal español define la conducta típica del delito de coacciones como impedir a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto. Consecuentemente, la doctrina es pacífica a la hora de entender que la violencia es el medio comisivo necesario tanto en relación al verbo “compeler” como al “impedir”<sup>3</sup>, pero la situación difiere en cuanto al alcance que debe darse al concepto de violencia.

Originariamente, se asociaba al término violencia de forma exclusiva a la fuerza física que se aplicaba sobre personas, es decir, se trataba de un sinónimo de agresión corporal<sup>4</sup>. De esta manera, el bien jurídico protegido se situaba en la libertad de obrar, entendida como libertad de ejecutar una decisión libremente asumida. Con posterioridad, el concepto de violencia se fue ampliando de acuerdo a la interpretación extensiva que realizara una parte de la doctrina y, en particular, el Tribunal Supremo, desarrollándose lo que se denominó la “espiritualización” del concepto de violencia. Consecuentemente, dicho proceso significó la ampliación de la consideración del bien jurídico que pasó a abarcar la libertad de decisión.

La idea sobre la que se desarrolló este proceso se basó en la consideración de que es posible privar a un tercero de su capacidad de actuar conforme a su voluntad sin emplear fuerza física sobre él<sup>5</sup>. Esta premisa, que deja de lado el desvalor de la conducta

---

2. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, p. 270. En el mismo sentido: TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica del delito de coacción” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1977, p. 39. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1984, p. 121.

3. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1991, p. 286.

4. STS. de 8 de julio de 1880; STS. de 7 de febrero de 1889.

5. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones...”, ob. cit., p. 276. El autor explica que la teoría y la práctica han llegado a la conclusión de que no es posible reducir la violencia a un concepto naturalístico ya que ello acarrearía inadmisibles lagunas. Esta opción era explicable cuando la ciencia penal permanecía anclada en premisas naturalistas, pero el posterior descubrimiento de su significado valorativo y social determinó que las acciones interesen al Derecho Penal en calidad de procesos dotados de sentido social, por lo que la idea de violencia deviene aprensible como concepto normativo cuyo sentido es enfrentarse a la realización de los designios de otra persona. También ver: DELGADO LÓPEZ, L.: “El delito de coacciones (Las reformas del Código de 1995)”, en *Cuadernos del Poder Judicial*, 1996, p. 199. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia, 2002, p. 45. CAIROLI MARTÍNEZ, M.: “La coacción ajena y la fuerza física irresistible”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 1999, p. 181.

a favor del desvalor del resultado, llevó a que el delito de coacciones se convirtiera en un verdadero “cajón de sastre”, donde encontrarán cabida una serie de conductas que no tenían acomodo en otro preceptos del Código pero que se presentaban como aptas para lesionar el bien jurídico<sup>6</sup>.

Así, se sostuvo que la restricción del concepto de violencia a la fuerza física ejercida sobre personas generaba inadmisibles lagunas de punición por dejar fuera del ámbito penal conductas que podían ser consideradas de mayor gravedad que las que incluían fuerza material sobre las personas. Lo esencial, por tanto, pasó a ser la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa, es decir, el enfrentamiento a la actuación de otra persona<sup>7</sup>.

## 2.2. Los supuestos de utilización de psicóticos y narcóticos

De esta forma, uno de los supuestos que tuvo cabida en el delito de coacciones fue la utilización de psicóticos y narcóticos. La inclusión de estos casos se vio justificada por el hecho de que si bien estas conductas no se dirigen contra una voluntad ya formada, atacan a un momento anterior anulando totalmente la posibilidad de formación de la voluntad del sujeto pasivo. Una parte de la doctrina sostuvo que no era posible entender que el ataque de menor intensidad que deviene de la afectación a la capacidad de obrar como último momento en la cadena de formación de la voluntad, tenga un tratamiento más severo que los supuestos más graves donde se anula toda posibilidad de decisión<sup>8</sup>. No obstante, la doctrina no era pacífica en este punto, ya que muchos autores insistían en la necesidad de mantener la configuración del delito de coacciones como una infracción contra la facultad de obrar y no contra la voluntad entendida en sentido abstracto, cuando aún no se ha indicado nada acerca de un posible actuar de la víctima<sup>9</sup>.

Con la reforma del Código penal del año 2010 el legislador nos ha brindado las pautas necesarias para poner fin a esta controversia. Tal como sucede en el ámbito del delito de coacciones, en relación a la inclusión de los supuestos de psicóticos y narcóticos, también en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se discutía esta cuestión. De esta manera, la distinción entre los delitos de agresiones y abusos sexuales basadas en la concurrencia o no de violencia o intimidación, llevaban

---

6. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La violencia en el Derecho penal*, Barcelona, 1999, p. 61.

7. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones...”, ob. cit., p. 278.

8. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones...”, ob. cit., p. 277. En el mismo sentido: BAJO FERNÁNDEZ, M.: “El delito de coacciones”, en *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 61. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 286.

9. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Sobre el delito de coacciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1983, p. 118. En el mismo sentido TORÍO LÓPEZ expresa que la opinión adversa lleva inexorablemente a que si la víctima ha sido privada de la capacidad de entender o querer, sin necesidad de ningún otro requisito este presente ya el contenido propio del delito considerado; por tanto el autor sostiene que el ataque a la capacidad de voluntad podría corresponderse con una tentativa de coacciones en caso de que exista previamente una resolución criminal dirigida a conseguir un comportamiento no querido del ofendido. TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica...”, ob. cit., p. 31. Contra esta opinión: MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, ob. cit., p. 128. En el mismo sentido: CERVELLÓ DONDE-RIS, V.: *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, p. 19.

al intérprete a dudar sobre la inclusión en uno u otro tipo de aquellos casos en los que el agresor suministraba una droga a su víctima para poder realizar sobre su cuerpo tocamientos, o bien, llevar a cabo una penetración<sup>10</sup>.

Así, mientras que el autor que realizaba conductas sexuales sobre una víctima privada de sentido respondía de un delito de abusos sexuales del artículo 181, aquel agente que suministraba a su víctima una droga para conducirla a un estado de indefensión podía ser responsable de un delito de abusos sexuales, o bien de un delito de agresiones sexuales del artículo 178 si esta conducta, también denominada “violencia impropia”, se equiparaba a la violencia necesaria en el delito de agresiones sexuales.

Esta cuestión quedó zanjada en 2010, ya que entre las reformas operadas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el legislador decidió agregar un apartado al artículo 181.2 indicando que se consideraran abusos sexuales no consentidos los que se cometan “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto”. Esta solución coincide con la sugerida por la doctrina en el ámbito de los delitos patrimoniales, donde también se niega la calificación de robo violento a aquel supuesto en el que el agente suministra a su víctima una droga para poder proceder al apoderamiento de un bien mueble<sup>11</sup>.

En nuestra opinión, la modificación introducida en el artículo 181 expresa claramente la voluntad del legislador de excluir los supuestos denominados como “violencia impropia” del concepto de violencia, solución que debe ser trasladada al ámbito de los delitos contra la libertad a la hora de interpretar el artículo 172. Aquellos supuestos en lo que se suministre una droga a un sujeto con la intención de evitar una determinada actuación podrán quedar comprendidos en el delito de detenciones ilegales, en la medida en que este precepto no contiene limitación alguna derivada de la inclusión de determinados medios comisivos, y debido a que se trata de una conducta que, sin duda, lesiona la libertad ambulatoria<sup>12</sup>.

### 2.3. Los supuestos de intimidación

Otro grupo de casos, cuya inclusión en el ámbito del delito de coacciones fue duramente criticada por la doctrina, fueron los supuestos de intimidación. El Tribunal Supremo decidió esta inclusión pasando a utilizar como criterio distintivo entre el delito de coacciones y el de amenazas condicionales uno meramente temporal, por el cual, la inmediatez del mal con el que se intimida era el elemento rector a la hora

---

10. Sobre esta problemática, ver: LAMARCA PÉREZ, C.: “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1996, p. 57. ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Madrid, 2001, p. 74.

11. Así, VIVES ANTÓN, entiende que la violencia requerida por el robo es la propia y directa, y no la impropia, que consiste en el constreñimiento de la voluntad por otros medios (narcóticos, hipnotismo). VIVES ANTÓN, T.S., en ORTS BERENGUER, E. y otros: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1999, p. 834.

12. Sobre la posibilidad de incluir estos supuestos en el delito de detenciones ilegales: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 167.

de decidir entre la aplicación de estos dos tipos delictivos<sup>13</sup>. Esta concepción obligaría a condenar por coacción a quien diga: “si no haces esto te mato” y por amenazas, a quien manifieste “si no haces esto te mataré”<sup>14</sup>. Esta situación sería absurda en cuanto hace depender la calificación jurídica de la forma en que el sujeto formula sus intenciones<sup>15</sup>, y obligaría, además, a castigar con más pena el anuncio de un mal futuro que el del mal presente, ya que debemos recordar que las amenazas condicionales merecen, según nuestro Código penal, más pena que el delito de coacciones<sup>16</sup>.

Son varios los argumentos que recomiendan dejar fuera del alcance de este precepto a los supuestos de intimidación. Así, de acuerdo a una interpretación gramatical es necesario considerar que los verbos típicos “impedir” y “compeler” hacen referencia a un hacer del sujeto y, con ello, dan a entender que la lesión del bien jurídico ha de producirse en el tramo final del proceso volitivo, presuponiéndose la anterior adopción de una decisión<sup>17</sup>. Esta exigencia típica de un resultado que se concreta en una omisión o acción de la víctima sólo puede surgir cuando el sujeto activo desbarata la puesta en práctica de las decisiones que hubieran sido adoptadas con anterioridad<sup>18</sup>. Todo ello lleva a la necesidad de sostener que las coacciones requieren incidencia sobre la realización externa de la voluntad adoptada, a diferencia de las amenazas, que

---

13. Aceptan a la intimidación dentro del concepto de violencia, entre otras: STS. de 6 de junio de 1986, STS. de 10 de abril de 1987, STS. de 27 de septiembre de 1994, STS. de 28 de noviembre de 1994, STS. de 6 de octubre de 1995.

14. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Sobre el delito...” ob. cit., p. 107.

15. MIR PUIG niega la validez del criterio de distinción temporal sosteniendo que tanto en las amenazas como en la intimidación se produce la misma estructura: el anuncio de un mal futuro para el caso de que no se haga algo, pero el hecho de que este mal se presente como más o menos lejano no obsta a la afirmación de que, en todo caso, se trata de un mal que se halla situado en el futuro. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones...”, ob. cit., p. 283. En el caso de QUINTANO RIPOLLÉS, si bien el autor niega el criterio de la temporalidad como elemento diferenciador, acepta que determinados supuestos de “intimidación presente” podrían quedar incluidos en el concepto de violencia, siempre y cuando consistan en inminentes potenciales ataques a la integridad personal del sujeto pasivo, citando a estos efectos los casos en los que el autor encañone a la víctima con una pistola, exhiba armas o haga signos inequívocos de violencia inmediata. Así, el autor considera que en estos supuestos la amenaza deja de serlo para pasar a la categoría de las vías de hecho ya que nadie exige que la violencia física llegue al extremo de anular absolutamente la resistencia de la víctima. Por lo que llega a la conclusión de que lo decisivo para la conformación del término “violencia” será que se adopte en la coacción una actitud de prevalimiento material que obligue al doblegamiento de la voluntad ajena, es decir, que las intimidaciones podrán ser asimiladas a la violencia sólo en los supuestos de alarde de fuerza suficiente y no cuando el autor se limite a conminaciones más o menos simbólicas o amenazas de males futuros. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. 1, vol. 2, Madrid, 1972, p. 1118. Esta tesis parece hacer depender la configuración de los conceptos de violencia e intimidación de un criterio meramente cuantitativo. No creemos correcto sostener que la entidad del mal con que amenaza el sujeto activo pueda determinar el paso del concepto de intimidación al de violencia; además no creemos que sea adecuado hablar de “intimidaciones de presente”. Cuando un sujeto intenta provocar miedo a través del anuncio de un mal, en todo caso esta haciendo referencia a un mal que se producirá en un momento futuro, independientemente del lapso que pudiera transcurrir entre el aviso y la posible producción de dicho mal. La intimidación es presente aunque provoque miedo por un posible mal lejano.

16. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *El delito de...*, ob. cit., p. 36.

17. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Sobre el delito...”, ob. cit., p. 116.

18. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de ...”, ob. cit. p. 129.

operan sobre la motivación, determinando en el sujeto una modificación viciada de su voluntad<sup>19</sup>. Los argumentos sistemáticos e históricos no hacen más que avalar esta decisión<sup>20</sup>.

## 2.4. Los supuestos de *vis in rebus*

Una situación similar se repite en relación a los supuestos de fuerza en las cosas. Así, a pesar de que el Código mantiene en otros tipos una clara diferenciación entre los términos “violencia” y “fuerza”, reservando el primero para el acometimiento sobre personas y al segundo para el realizado sobre cosas<sup>21</sup>, como sucede, por ejemplo, en el delito de robo, en el tipo en estudio se ha extendido el alcance del término “violencia” para permitir la inclusión de los supuestos denominados *vis in rebus*, o fuerza en las cosas.

En este ámbito pueden distinguirse dos grupos de casos, los denominados “*vis in rebus propia*” en donde se violenta el uso normal de las cosas, de un modo contrario a la finalidad para la que han sido creados, imposibilitando, con ello, que el sujeto pasivo ejecute su voluntad, ya sea por imposibilidad material o por la intimidación creada en el sujeto pasivo, y los supuestos de “*vis in rebus impropia*”, donde no se verifica fuerza material sobre las cosas, pero sí una perturbación de derechos subjetivos. De acuerdo a esta clasificación, dos podrían ser los criterios decisivos para incluir a los supuestos de fuerza en las cosas en el ámbito del delito de coacciones: por un lado la incidencia del despliegue de la fuerza en la capacidad de obrar del sujeto, y, por otro lado, la entidad y cantidad de la fuerza desplegada sobre la cosa. Así, mientras son numerosos los ejemplos en los que la Jurisprudencia admite la inclusión de supuestos de *vis in rebus impropia* en el ámbito del delito de coacciones, la doctrina suele exigir que no sólo se

---

19. MIR PUIG, S.: “El delito de coacciones...”, ob. cit., p. 283. También en este sentido: VELÁSQUEZ BARÓN, A.: *Las coacciones*, Barcelona, 2002, p. 9. En opinión de PEDREIRA GONZÁLEZ, la inclusión de supuestos de intimidación en el delito de coacciones, además de carecer de base legal, no resulta coherente con respecto al bien jurídico protegido, ya que, en ese caso, la tutela alcanzaría también a la libertad en la formación de la voluntad, cuya protección corresponde a los delitos de amenazas, delitos a los que es necesario remitirse frente a este tipo de comportamientos. PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial. (I)*, Valencia, 2010, p. 310.

20. El Código penal de 1928 describió al delito de coacciones a través de los medios comisivos de violencia e intimidación, eliminándose la mención de la intimidación muy rápidamente, con la sanción del Código penal de 1932. Esta idea se refuerza, además, de acuerdo a una interpretación sistemática de las normas penales, por la evolución del delito de realización arbitraria del propio derecho, precepto que guarda una estrecha relación con el tipo de coacciones. Este delito prevé como medio típico la violencia y también de forma expresa la intimidación; añadiéndose incluso con el Código penal de 1995 a la fuerza en las cosas, sin modificar la literalidad del artículo 172. Esta circunstancia es analizada por SÁNCHEZ TOMÁS, quien no obstante, llega a la conclusión de que no puede darse al argumento sistemático el alcance de demostrar que la violencia y la intimidación mantienen jurídicopenalmente una relación de significado autónomo. Este razonamiento sólo es capaz de demostrar que ambos conceptos no se encuentran en una relación de identidad conceptual o de género-especie, siendo por tanto posible que mantengan una relación de autonomía conceptual, o bien un ámbito de significado compartido. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La violencia...*, ob. cit., p. 69.

21. En el mismo sentido PEDREIRA GONZÁLEZ entiende que la inclusión de supuestos de fuerza en las cosas en el ámbito del artículo 172 resulta “más que discutible”, ya que cuando el legislador quiere incluir la fuerza en las cosas lo hace de forma explícita. PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho Penal Español...*, ob. Cit., p. 310.



afecte la capacidad de obrar del sujeto, sino que también se viole el uso normal de las cosas, esto es, de un modo contrario a la finalidad para las que han sido creadas<sup>22</sup>.

Esta ampliación del concepto de violencia propiciada por la Jurisprudencia tuvo lugar, en gran medida, para dar respuesta a un importante número de supuestos en los que el propietario de una vivienda intenta por distintos medios lograr el desalojo de su inquilino. Así, como ya se ha mencionado, para dar solución a estos casos el Tribunal Supremo ha considerado comprendidas en múltiples ocasiones dentro del término “violencia” situaciones que no exceden de la utilización de la fuerza que se emplea normalmente sobre las cosas. Entre otros ejemplos podemos citar: la Sentencia de 29 de marzo de 1985 que condena al propietario que cambia la cerradura de la vivienda, o bien, la Sentencia de 4 de febrero de 1984 en la que se procede al precinto de los interruptores del ascensor para evitar su uso. Frente a esta situación, la doctrina ha llegado a entender que se trata de una verdadera analogía *in malam partem*, que ha alterado y ampliado el contenido de la Ley<sup>23</sup>.

### 3. EL ACOSO INMOBILIARIO

#### 3.1. La reforma del año 2010 y la introducción de la agravante en virtud de la afectación del legítimo disfrute de la vivienda

En el contexto de esta marcada diferencia de opiniones entre doctrina y Jurisprudencia llega la reforma operada en el año 2010. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pone de manifiesto la intención de “tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores”. Para cumplir con este objetivo el legislador decide crear un nuevo precepto en el ámbito de los delitos contra la integridad moral e introduce una nueva agravante al delito de coacciones<sup>24</sup>.

---

22. En este sentido: DEL ROSAL BLASCO, B. en COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2005, p. 210.

23. En este sentido: MORÁN MORA, C. en QUINTERO OLIVARES, (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2009, p. 251. Muy acertadamente, la autora sostiene que la doctrina española parece “resignada” a aceptar que los supuestos de fuerza en las cosas queden incluidos en el concepto de violencia.

24. El proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007, también contenía disposiciones sobre esta materia. Así, en el artículo 173 CP se incorporaba una nueva conducta destinada a castigar situaciones de acoso en el marco de relaciones contractuales. La pretendida norma quedó redactada de la siguiente manera: “Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”. En referencia a la interpretación de este precepto, ver: VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M.: “Del Blockbusting al acoso inmobiliario (I)”, en *noticias jurídicas.com*, 2006. CRUZ BLANCA, M.J.: “Relevancia penal vigente y proyectada de algunas formas de acoso moral” en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad de siglo XXI*, Madrid, 2008, p. 106.



### 3.1.1. El acoso inmobiliario en la Legislación Administrativa y en la Jurisprudencia

Estas modificaciones del Código penal introducidas en el año 2010 forman parte de la respuesta jurídica frente al aumento de casos de lo que se ha dado en llamar “acoso inmobiliario”<sup>25</sup>. Se trata de conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo usuario de un inmueble con la finalidad de que éste acabe abandonando la finca y renunciando a sus derechos con respecto a ella. Si bien no estamos frente a una problemática nueva, ya que, como vimos, el proceso de “desnaturalización” del concepto de violencia se ha visto motivado, ya desde su inicio, y en gran medida, por supuestos que responden a estas características, sí es cierto que en los últimos años este fenómeno se ha visto intensificado por las escasas ganancias que los llamados “contratos de renta antigua” proporcionan a los arrendadores de las viviendas<sup>26</sup>.

En este ámbito será la Ley del Gobierno de Cataluña 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, pionera en el tratamiento del tema. Así, la Ley 18/2007 define al acoso inmobiliario en su artículo 45.2.c como “toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda”. La citada norma aclara, además, que a los efectos de esta Ley, el acoso inmobiliario constituye discriminación y que la negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario. Por otro lado, el artículo 123.2.a de la mencionada norma tipifica como infracción muy grave “llevar a cabo acciones u omisiones que supongan acoso o discriminación”, conducta que puede llevar aparejada una multa de hasta 900.000 euros. Esta previsión entronca con el espíritu de esta norma que privilegia en todo momento la función social de la vivienda.

Por otro lado, también encontramos diversas resoluciones jurisprudenciales que comenzaron a atribuir relevancia jurídico-penal al acoso inmobiliario. Es el caso de la Sentencia de 4 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se refiere a la existencia de un claro caso de “*mobbing* inmobiliario”, confirmando la condena por una falta de coacciones impuesta a la propietaria que ordenó cortar el suministro de agua a los arrendatarios y poner un candado en la puerta de acceso a las cañerías, con el objeto de lograr su expulsión.

También resulta relevante a este respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 478/2006, de 8 de mayo, que admite a trámite una denuncia por encontrar indicios de un plan de asedio o acoso al inquilino para forzarle a abandonar la vivienda,

---

25. La creciente preocupación por el fenómeno del “acoso” no es exclusiva del ámbito inmobiliario, sino que, por otro lado, afecta a distintas parcelas de la vida humana. El “acoso sexual” o el “acoso laboral” no son más que ejemplos de distintas esferas de actividad en las que el sujeto puede sufrir conductas de hostigamiento y persecución. Al respecto, ver: MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I. y MENDOZA CALDERÓN, S.: “El acoso en derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso” en *Revista Penal*, nº 18, Madrid, 2006, p. 188. En este sentido, la tendencia legislativa parece responder a la intención de tipificar autónomamente las distintas formas de acoso.

26. RAGUÉS I VALLÉS, R.: “El acoso inmobiliario: Últimas novedades legislativas y judiciales”, en *La Ley Penal*, nº 59, abril 2009, p. 1.

entendiendo que estos hechos pueden ser subsumidos en el delito o falta de coacciones. En el mencionado Auto, la Audiencia Provincial de Barcelona lleva el llamado proceso de “espiritualización” del concepto de violencia hasta el límite de admitir la posibilidad de que se verifique “violencia por comisión por omisión”<sup>27</sup>.

De esta forma, el Tribunal sostiene que:

“no se oculta a esta Sala que en casos como el de autos, en los que se denuncia el acoso al arrendatario mediante el mecanismo constante de la inacción del arrendador (...), resulta mucho más difícil elaborar dogmáticamente la hipótesis del delito de coacciones que cuando se trata del típico caso en que el arrendador realiza un obrar positivo, (...). Más esas señaladas dificultades no deben entrañar la imposibilidad absoluta de concebir el delito de coacciones en los supuestos de comisión por omisión, siempre que, claro está, se constate la existencia de indicios presuntamente avaladores de que, más allá de un simple y puntual incumplimiento por parte del arrendador de sus obligaciones, pudiéramos hallarnos ante las plurales manifestaciones de un plan preconcebido por el autor, para impedir –por la vía de hecho de su constante inacción– el ejercicio de los derechos propios del arrendatario y doblegar así la voluntad de éste, compeliéndole a desalojar la vivienda”<sup>28</sup>.

La Sala afirma, además, que esta postura no lleva a cabo una extensión analógica del concepto jurídico-penal de coacción sino que se trata de “inscribirse decididamente en una interpretación acorde con el elemento social” que ha de impregnar la práctica del operador jurídico.

### **3.1.2. El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones. Configuración y ámbito de aplicación**

Esta creciente preocupación por los casos de “*mobbing* inmobiliario” culminó con las reformas operadas en el Código penal en 2010. Hasta la fecha, la pena correspondiente al delito de coacciones sólo se elevaba a la mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Con la incorporación del nuevo párrafo añadido al artículo 172.1, esta pena también se verá incrementada cuando “la coacción ejercida tenga por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

En relación al bien jurídico, podemos sostener que el delito de coacciones agravadas es un delito pluriofensivo en cuanto que no sólo tutela la libertad de obrar del sujeto, sino también el derecho al “legítimo disfrute de la vivienda”<sup>29</sup>. Por otro lado,

---

27. También admitiendo la posibilidad de coacciones por comisión por omisión encontramos el Auto de 27 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso la conducta omisiva consistió en la dejación de los deberes de reparar la vivienda y tolerar la presencia de “okupas” en la terraza comunitaria, que impedian su uso. Respecto a estos pronunciamientos, ampliamente, ver: RAGUÉS I VALLÉS, R.: “El acoso inmobiliario...”, ob. cit., p. 1.

28. En este sentido, TRILLO NAVARRO considera que el artículo 172 CP admite como formas de comisión tanto la conducta activa como la omisión impropia. TRILLO NAVARRO, J.P.: “Mobbing inmobiliario (la coacción contractual como delito contra la integridad moral en la reforma del Código Penal)”, en *La Ley Penal*, nº 38, 2007, p. 7.

29. Sobre la protección del bien jurídico “disfrute de la vivienda”: LAFONT NICUESA, L.: “Comentarios al nuevo delito de acoso inmobiliario”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm, 804/2010, Pamplona, 2010.

son muchos los interrogantes que plantea la incorporación del nuevo apartado en el artículo 172. En primer lugar, no resulta claro a qué supuestos de acoso inmobiliario podrá aplicarse esta agravante, decisión que estará condicionada por el alcance que se dé al concepto de violencia. Además, la redacción utilizada puede generar distintos problemas interpretativos.

Lo primero que llama la atención es la forma que utiliza el legislador para definir la conducta típica. Así, cuando el legislador expresa que la coacción ejercida debe haber tenido por objeto “impedir el legítimo disfrute de la vivienda” parece referirse a un elemento subjetivo del tipo, es decir a una intención del agente al llevar a cabo la coacción. No obstante, al ser el delito de coacciones un delito de resultado que se consuma cuando se verifica el resultado de impedir o compeler a la víctima a llevar a cabo determinada conducta, va a ser imprescindible para la consumación del nuevo tipo agravado que la víctima haya sido efectivamente impedida de disfrutar de su derecho a la vivienda. Hubiera resultado más conveniente, por tanto, que el legislador hubiera redactado la nueva agravante de la siguiente manera: “cuando la coacción ejercida haya impedido el legítimo uso y disfrute de la vivienda”.

La doctrina ha puesto de manifiesto otra cuestión que puede generar inconvenientes a la hora de aplicar el tipo cualificado: la determinación de cuándo puede sostenerse que se ha impedido de forma efectiva el disfrute de la vivienda. Una primera posibilidad sería considerar que resulta necesario que el inquilino acosado haya procedido a abandonar la vivienda. Esta opción relegaría al ámbito de la tentativa a la mayor parte de los supuestos de acoso inmobiliario, donde el arrendador toma medidas para dificultar la permanencia en el inmueble y el inquilino procede a la denuncia antes de tomar la decisión de abandonar la vivienda. La solución contraria pasaría por interpretar que todas las limitaciones ocasionadas por el arrendador al inquilino suponen ya la lesión del bien jurídico protegido.

Lo cierto es que esta la concurrencia de esta problemática depende del ámbito de aplicación que pretenda darse a este tipo delictivo, y el ámbito de aplicación de la norma vendrá determinado por la interpretación que se asuma en relación al alcance del concepto de violencia. Así, en caso de que se limitara la violencia al constreñimiento físico, no parece posible que se presente esta situación ya que la fuerza física aplicada directamente sobre las personas que ocupan la vivienda irá, en todo caso, destinada a impedir la entrada o permanencia de los moradores y el delito se consumará, por tanto, cuando éstos no tengan la posibilidad de disfrutar la vivienda a la que legítimamente tienen derecho.

Lo cierto es que la incorporación de la nueva agravante aplicable al delito de coacciones, lejos de aclarar el alcance del concepto de violencia y poner fin a las numerosas disputas doctrinales en torno a este tema, complica aún más, si cabe, el estado de la cuestión. Así, ignorando la falta de acuerdo reinante en torno a los supuestos de acoso inmobiliario a los que puede ser aplicado el tipo básico del delito de coacciones, decide crear una agravante para los casos en los que aquél que despliegue “violencia” lo haga para impedir el legítimo disfrute de la vivienda de un tercero.

¿Qué debe entender el intérprete frente a esta situación? Cabe pensar que el legislador, ignorando la opinión de la mayor parte de la doctrina, pretende que la cuestión se encuentra ya zanjada y que la aceptación generalizada de la Jurisprudencia

a la aplicación del delito de coacciones, en la gran mayoría de supuestos de fuerza en las cosas, sólo hace necesaria la introducción de una agravante para que los ciudadanos vean reforzados sus derechos en este ámbito. En este sentido se pronuncia Muñoz Conde, quien entiende que la reforma no sólo viene a confirmar, aunque de un modo indirecto, la tesis jurisprudencial que amplía el concepto de violencia, sino también otras formas de obstaculización del disfrute de la vivienda calificadas de “acoso inmobiliario” que pueden incluir conductas como la perturbación del uso de la vivienda provocando ruidos y molestias a horas intempestivas, que no son directamente intimidatorias ni consisten en empleo de fuerza en las cosas<sup>30</sup>.

Por otro lado, creemos necesario mantener la postura contraria. Lo cierto es que la redacción de la nueva agravante no incluye ningún nuevo elemento que nos deba llevar a pensar que en este precepto quedan incluidas todas las conductas en las que “por algún medio” se impide el legítimo disfrute de la vivienda. Si el legislador hubiera querido pronunciarse a favor de la interpretación del artículo 172 sostenida por la Jurisprudencia, podría haber procedido a la incorporación expresa de los supuestos de intimidación y de utilización de fuerza en las cosas en el delito de coacciones, tal como ha sucedido en el ámbito del delito de realización arbitraria del propio derecho, precepto que guarda una estrecha relación con el delito de coacciones. En este caso el legislador decidió en el año 1995 agregar expresamente a la fuerza en las cosas como medio comisivo junto a la violencia y la intimidación.

Todos estos argumentos nos llevan a sostener que el delito de coacciones sólo puede brindar respuesta a aquellas conductas en las que realmente pueda fundamentarse la utilización de “violencia” entendida como un constreñimiento de carácter físico sobre la víctima. El principio de intervención mínima que rige el Derecho penal fundamenta la necesidad de admitir esta tesis. La inclusión de supuestos de intimidación en el ámbito del delito de coacciones es contraria a la sistemática propia de nuestro Código penal que regula de forma expresa el delito de amenazas. Por otro lado, la inclusión de supuestos de fuerza en las cosas supone un fragante e intolerable supuesto de analogía *in malam partem* que distorsiona el alcance del precepto. En cuanto a la posibilidad de admitir la concurrencia de violencia a través de comportamientos omisivos, entendemos que esta opción sólo podría aceptarse en caso de que admitiéramos que la violencia abarca los supuestos en los que lo que se constriñe es la voluntad de la víctima, los cuales, como ya se ha sostenido, son casos de intimidación que deben ser resueltos como posibles supuestos de amenazas.

### **3.1.3. El acoso inmobiliario como delito contra la integridad moral. Posibles relaciones concursales con el delito de coacciones**

La interpretación que se propone limita, en gran medida, el ámbito de aplicación de la nueva figura de coacciones agravadas con respecto a los posibles supuestos de acoso inmobiliario. No obstante, el nuevo tipo incorporado en el artículo 173.1 puede dar respuesta a las supuestas lagunas legales que pueda generar esta interpretación. Así, el delito de acoso inmobiliario, estructurado como un delito contra la integridad moral, define la conducta de quien “de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o

---

30. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 154.

humillantes, que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”. De esta forma, aquellas conductas que no reúnan los requisitos del artículo 172 podrán quedar encuadradas en el artículo 173.1 segundo párrafo, en la medida en que los actos realizados sean “reiterados” y puedan ser considerados “hostiles o humillantes”<sup>31</sup>.

En referencia a la redacción que el legislador ha decidido darle al nuevo delito contra la integridad moral, es necesario poner de manifiesto que no parece acertada la decisión de equiparar los actos que puedan resultar “hostiles” y los que puedan ser “humillantes”<sup>32</sup>. El término “hostilizar” según el Diccionario de la Lengua Española significa: “atacar, agredir, molestar a alguien levemente pero con insistencia”<sup>33</sup>. Por consiguiente, la expresión “hostil” parece más adecuada para definir un ataque contra la libertad, que un ataque contra el bien jurídico integridad moral, se trataría, por tanto, de un atentado a la libertad de menor entidad. Parece claro que todo acto de violencia es un acto hostil; ahora bien, teniendo en cuenta la actual redacción del artículo 173 ¿debe esto llevar a pensar necesariamente que siempre que se lesiona la libertad mediante actos de violencia se lesiona además la integridad moral? Con esta decisión el legislador repite el error que cometiera con la redacción del delito de acoso sexual del artículo 184, donde también equipara estos términos al exigir que la solicitud sexual provoque en la víctima una situación “objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”.

En cuanto a la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre las coacciones y el nuevo tipo de acoso inmobiliario previsto en el artículo 173, ello parece posible siempre que además de la lesión a la libertad del ofendido provocada mediante violencia, pueda fundamentarse la lesión a la integridad moral y la reiteración de las conductas. Según la interpretación que se propone, esta situación se dará solamente en aquellos casos en los que, además de un constreñimiento de carácter físico pueda fundamentarse la lesión a la integridad moral provocada a través de actos humillantes.

---

31. A diferencia del proyecto del año 2009, el legislador introduce una modificación en la LO 5/2010 en referencia tanto a la nueva agravante del artículo 172, como al artículo 173.1, exigiendo que el disfrute de la vivienda que se afecta sea “legítimo” y no meramente efectivo por parte de la víctima del acoso. El problema que conllevaba la fórmula anterior era la posibilidad de incluir como sujetos pasivos de acoso inmobiliario a los “okupas”, que, efectivamente pudieran ocupar la vivienda. Al respecto: OTERO GONZÁLEZ, P. y POMARES CINTAS, E. “Tipos penales específicos de acoso inmobiliario” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 194.

32. En este sentido se pronuncia también VILLEGAS FERNÁNDEZ, quien critica la introducción del término “hostil” sosteniendo que “todo ataque al bien jurídico, en cuanto conducta ofensiva, implica una cierta hostilidad”; en opinión de este autor la vaguedad conceptual de esta norma es de tal entidad que sería admisible una interpretación que sostuviera la existencia de acoso sin humillación. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M.: “La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario”, en *noticiasjurídicas.com*, 2010. También criticando la utilización del término “hostil”: DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho Penal”, en SERRANO PIEDECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E. (dir.): *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, 2010, p. 220.

33. Voz “hostilizar” en: Diccionario de la Lengua Española, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=hostigar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=hostigar).

Es necesario poner de manifiesto que la pena prevista para el nuevo delito del artículo 173.1 es de prisión de seis meses a dos años, mientras que la pena resultante de la aplicación de la nueva agravante en el delito de coacciones será de un año y nueve meses a 3 años. Al respecto, Pomares Cintas y Otero González critican la configuración legal, argumentando que la misma lleva a una situación paradójica ya que la propuesta de solución del conflicto que presenta el legislador convierte el delito específico contra la integridad moral en un tipo privilegiado en contraste con el delito de coacciones, planteando, con ello, un absurdo problema concursal. En opinión de las citadas autoras, con esta decisión el legislador repite el error que cometiera en el ámbito del delito de acoso sexual donde la conducta específica de anunciar un mal relacionado con las expectativas que la persona tenga en el ámbito laboral, en caso de no aceptar mantener relaciones sexuales con el acosador, dan lugar a una pena menor que la prevista para el delito de amenazas condicionales<sup>34</sup>.

No obstante, lo que las autoras no tienen en cuenta es que la relación que puede plantearse entre el delito de acoso sexual y el de amenazas condicionales es de un concurso de leyes, ya que en todo caso el bien jurídico afectado en este supuesto es la libertad, (aunque en el caso del artículo 184 se haga referencia a la libertad sexual, ya que ésta es sólo una específica manifestación del bien jurídico libertad); por lo tanto, entre el delito de acoso sexual y las amenazas condicionales el concurso de leyes en aplicación del principio de alternatividad deberá resolverse a favor de las amenazas condicionales. Por otro lado, la relación que puede plantearse entre el delito de coacciones agravadas por afectar el legítimo disfrute de la vivienda y el nuevo tipo específico del acoso inmobiliario será de un concurso de delitos, ya que, mientras el tipo de las coacciones está enfocado a la protección de la libertad, el del 173 lo está a la integridad moral. La concurrencia de los requisitos propios de ambas figuras dará lugar normalmente a un concurso ideal de delitos que deberá resolverse aplicando la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

#### 4. CONCLUSIONES

El interrogante que subyace a toda esta problemática radica en determinar si era necesario acometer las reformas realizadas para dar respuesta al fenómeno del acoso inmobiliario, y, por otra parte, si las reformas que se han llevado a cabo cumplen con el objetivo de proporcionar una mayor protección a las víctimas de estas conductas ilícitas.

Para responder a la primera pregunta es necesario recordar que, como es sabido, el carácter fragmentario del Derecho penal nos obliga a ser exhaustivos a la hora de recurrir a los distintos instrumentos extrapenales de resolución de conflictos, debiendo utilizarse la Ley penal sólo como último recurso. La escasez de la legislación administrativa y civil promulgada hasta el momento sobre el acoso inmobiliario podría ser un indicio claro de que en este tema se ha recorrido el camino en dirección contraria. Con anterioridad a la reforma operada en el año 2010 los delitos de coacciones y de atentados contra la integridad moral ya se encontraban en condiciones de dar una

---

34. OTERO GONZÁLEZ, P. y POMARES CINTAS, E. "Tipos penales específicos de acoso inmobiliario" ob. cit., p. 196.

respuesta jurídica a los supuestos más graves de acoso inmobiliario, que son aquéllos que necesariamente deben encontrar una respuesta jurídico-penal<sup>35</sup>.

No obstante, si el legislador ha llegado a la conclusión de que es necesario brindar una respuesta más completa a este fenómeno, castigando penalmente todas las conductas que estén dirigidas a impedir o dificultar el legítimo disfrute de la vivienda, incluyendo aquéllas en las que no se haya utilizado violencia ni pueda decirse que se ha llevado a cabo un trato degradante, entonces sí podía ser necesario recurrir a la tipificación expresa del acoso inmobiliario. En todo caso, las reformas operadas en el año 2010 no parecen las más adecuadas para cumplir con estos objetivos.

Como ya se ha indicado, la reforma que se ha realizado en el ámbito del delito de coacciones no sólo no amplía el ámbito de aplicación de este delito, sino que, además, acentúa los problemas interpretativos ya existentes. En lo que respecta al nuevo delito de acoso inmobiliario tipificado como un atentado contra la integridad moral, consideramos que la tipificación autónoma de este fenómeno no debería centrarse en la protección de la integridad moral, puesto que este valor no necesariamente se ve lesionado a través de las conductas que constituyen el acoso inmobiliario.

En nuestra opinión, el problema que subyace a esta confusión legislativa radica en la inadecuada configuración del bien jurídico que es atacado de forma primordial a través de las conductas de acoso inmobiliario, que, en nuestra opinión, no se trata de la integridad moral sino del disfrute de la vivienda, entendido como una facultad derivada de un derecho de carácter patrimonial. Así, la tipificación autónoma del acoso inmobiliario podría encontrar acomodo en los delitos patrimoniales, en especial junto a las conductas de usurpación. El Título XIII, Capítulo V “De la Usurpación”, contiene cuatro conductas con características diferentes en donde se atacan facultades derivadas de derechos sobre bienes inmuebles. Una de las modalidades comisivas del delito de usurpación castiga a quien con violencia o intimidación “usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena”. Este delito de usurpación protege, por tanto, el goce de las distintas facultades derivadas de titularidad de, por ejemplo, un derecho real como el usufructo, mientras que la nueva figura de coacciones agravadas protege la facultad de disfrute de la vivienda que puede derivarse de un derecho real o personal, ya que, en todo caso, la única limitación derivada de la configuración típica indica que debe tratarse de un disfrute “legítimo”. El supuesto en el que se impide al usufructuario el legítimo uso y disfrute de la vivienda utilizando violencia, por ejemplo, daría lugar a

---

35. POMARES CINTAS Y OTERO GONZÁLEZ ponen de manifiesto que la incorporación de la nueva agravante en el delito de coacciones no “no añade ni resuelve nada” ya que, desde el punto de la vista de la Jurisprudencia, que toma en cuenta un concepto ampliado de violencia, no habría inconveniente para perseguir con la legislación anterior a la reforma los comportamientos más graves de acoso inmobiliario, incluso aquellos en los que se verifican estrategias omisivas; por otro lado, teniendo en cuenta la opinión mayoritaria de la doctrina que restringe el alcance del término violencia gran parte de los comportamientos característicos del acoso inmobiliario basados en la fuerza impropia sobre las cosas y en la intimidación no podrán quedar encuadrados en el delito de coacciones, situación que no varía en nada por la introducción de una nueva agravante en esta figura. OTERO GONZÁLEZ, P. y POMARES CINTAS, E. “Tipos penales específicos de acoso inmobiliario”, ob. cit., p. 196. En el caso de DE VICENTE MARTÍNEZ, la autora sostiene que la tipificación específica del acoso inmobiliario cumple con fines “pedagógicos” y “recordatorios”, en cuanto que se trataría de indicar de modo expreso a jueces y tribunales que es posible la sanción penal del acoso inmobiliario a pesar de que el Código Penal disponía ya de instrumentos jurídicos suficientes para el castigo de estas conductas. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El acoso inmobiliario...”, ob. cit., p. 219.



un concurso de leyes, ya que se trata de un supuesto que podría quedar encuadrado en ambas figuras.

En el acoso inmobiliario el sujeto activo puede desplegar distintos medios con el objetivo de impedir o dificultar el ejercicio de facultades derivadas de derechos de carácter patrimonial, como pueden ser las resultantes de un contrato de arrendamiento o del derecho real de usufructo. Por tanto, dependiendo del medio comisivo empleado, los bienes jurídicos libertad o integridad moral puedan o no verse afectados<sup>36</sup>. De esta manera, una regulación específica del acoso inmobiliario como un delito patrimonial podría dar lugar a un tipo básico que regulara la conducta de quien impida el legítimo uso y disfrute de una vivienda, donde quedarán comprendidos todos los supuestos donde no puede fundamentarse la concurrencia de violencia, y un tipo agravado por la concurrencia de violencia o intimidación. La presencia de actos que puedan ser considerados como “humillantes” podría dar lugar, como es lógico, a un concurso con el delito de trato degradante.

Como se ha dicho, el sujeto que lleva a cabo conductas propias de acoso inmobiliario ataca derechos patrimoniales de su víctima pudiéndose servir para ello de innumerables medios comisivos (violencia, intimidación, actos humillantes, fuerza en las cosas propia e impropia...). Además, en un importante número de supuestos estaríamos ante meros incumplimientos contractuales, como, por ejemplo, el caso en el que arrendador no accede a arreglar los desperfectos que pudiera tener la vivienda arrendada, cuya elevación a la categoría de delito sólo podría ser justificada por la función social que cumple la vivienda.

---

36. RAGUÉS I VALLÉS considera que el interés que se ve afectado por el acoso inmobiliario no es tanto la libertad, la integridad moral o el patrimonio por lo que ni las coacciones ni los delitos contra la integridad moral son herramientas plenamente idóneas para combatir el fenómeno, sino que, por otro lado, estos tipos sólo logran reprimir ciertas conductas que pueden estar conectadas con él. En opinión del mencionado autor, el interés que se ve principalmente afectado por el acoso inmobiliario es el derecho de toda persona a un disfrute pacífico de su domicilio, es decir, unas mínimas condiciones de habitabilidad que le permitan desarrollar su personalidad en el ámbito del hogar. RAGUÉS I VALLÉS, R.: “El acoso inmobiliario...”, ob. cit.

## ACOSO Y DERECHO PENAL

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU  
Director del Instituto Vasco de Criminología  
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal*

Virginia MAYORDOMO RODRIGO

*Profesora Agregada de Derecho Penal. UPV/EHU  
Secretaria Académica. Instituto Vasco de Criminología*

**Resumen:** A pesar de las recientes reformas, la falta de una tipificación propia del acoso en general continúa siendo una insuficiencia del Derecho español, a la que convendría poner remedio siguiendo los mejores ejemplos del Derecho comparado. En este sentido, se propone la introducción de un nuevo tipo delictivo en el que la conducta acosadora resulte punible cuando afecte de manera directa y grave la tranquilidad de la víctima o genere un grave perjuicio de su desarrollo vital. Todo ello en el marco de una política penal de *ultima ratio* y sin olvidar los instrumentos adecuados de carácter civil.

**Laburpena:** Berriki egindako erreformak gorabehera, Espainiako zuzenbidearen urritasun bat izaten jarraitzen du, oro har, jazarpenaren berezko tipifikazio baten gabeziak; horri konponbidea jarri beharko litzaioke, zuzenbide konparatuaren adibide onenak kontuan hartuta. Zentzu horretan, beste delitu mota bat sartzea proposatzen da; hain zuzen, delitu mota horretan, jazarpen-jokabidea zigortu daiteke, baldin eta biktimaren lasaitasunari modu zuzenean eta larrian eragiten badio edo haren bizitzeko garapena larriki kaltetzen badu. Hori guztia *ultima ratio* printzipioaren arabera zigor-politika baten esparruan gauzatuko da, eta ia zera zibileko tresna egokiak ahaztu gabe.

**Résumé :** Malgré les dernières réformes, l'absence d'une incrimination spécifique de l'harcèlement, en général, demeure une insuffisance du Droit pénal espagnol, qui conviendrait d'y corriger, en suivant les meilleurs modèles du Droit Comparé. En ce sens, nous proposons l'introduction d'une nouvelle incrimination pénale dans laquelle la conduite d'harcèlement soit punissable quand elle porte atteinte directe et grave à la tranquillité de la victime ou bien provoque un préjudice sérieux de son développement vital. Tout ceci au sein d'une politique pénale d'*ultima ratio* et sans oublier les instruments adéquats de nature civile.

**Summary:** Notwithstanding the last reforms, the absence a specific incrimination of the offence of stalking constitutes a defect of Spanish Criminal Law, that needs to be corrected in the line of the best models of Comparative Law. In this way the introduction of a new incrimination is proposed. The new provision should punish those acts of stalking that constitute a serious and direct attack to the victim's tranquility. And this, in the frame of a penal policy inspired by the principle of *ultima ratio* and not forgetting the adequate instruments of a civil nature.

**Palabras clave:** Criminología, Derecho penal, acoso, víctimas de acoso, acoso laboral, acoso inmobiliario, ciberacoso sexual.

**Gako-hitzak:** Kriminologia, zigor Zuzenbidea, jazarpena, jazarpenaren biktimak, laneko jazarpena; higiezin-jazarpena, sexu-ziberjazarpena

**Mots clef :** Criminologie, Droit pénal, harcèlement, victimes d'harcèlement, harcèlement au travail, harcèlement immobilier, cyber-harcèlement sexuel.

**Key words:** Criminology, criminal Law, harassment, victims of harassment, labour and workplace harassment, landlord harassment, sexual harassment in cyberspace.

## I. INTRODUCCIÓN

No son pocas las personas que, por las causas más diversas, acaban enfrentándose a situaciones repetidas de acoso por parte de otras. Dejando al margen los supuestos de víctimas del terrorismo o sus familiares, susceptibles de encauzamiento punitivo, en España, a través del art. 578 del Código Penal, junto al hostigamiento al que se ven sometidas algunas “estrellas” por parte de admiradores que buscan mantener contacto con sus ídolos, es lamentablemente frecuente el caso de aquella mujer cuyo exmarido se presenta repetidamente en la calle en la que vive –por ejemplo, en un barrio pequeño– y espera a que salga a pasear o a trabajar. Se hace el encontradizo y se dirige a ella con múltiples preguntas, incluso sin importancia, pero en un tono desabrido e impertinente. A pesar del claro malestar de la mujer y de su rechazo explícito y reiterado, la situación se repite con frecuencia. No recibe insultos, ni amenazas explícitas; pero todo ello le va generando desasosiego, vergüenza ante los vecinos, inquietud... y hasta miedo de que algún día desemboque en algo más grave. Decide no volver a salir sola, y pide una y otra vez a sus padres o a quienes le acompañan que eviten a toda costa responder a la provocación...

Conductas como la descrita resultan cada vez menos extrañas en la vida cotidiana y suponen cuando menos una intrusión ilegítima en la esfera personal que, si aisladamente considerada se presenta en algunos casos sólo como una molestia, incluso pasajera, puede llegar a impedir que la persona afectada lleve una vida normal e incluso derivar en un cuadro clínico próximo a la esfera de la ansiedad u otro tipo de daño psicológico.

## II. EL ACOSO: ACOSO PSICOLÓGICO/ACOSO MORAL

El acoso no es un fenómeno nuevo; el acoso ha existido siempre. Define el Diccionario de la Real Academia Española como acoso la “acción y efecto de acosar”, entendiéndose por tal: “1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona; (...) 3. Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos”. Si bien el acoso puede darse, por tanto, cuando se importuna a alguien con peticiones y preguntas insistentes (“no me acosos” solemos decir entonces)<sup>1</sup>, lo propio del acoso –al menos del que debe interesar al Derecho penal– es más bien esa idea de persecución sin tregua ni descanso, que en algunos sistemas comparados se tipifica como hostigamiento y/o molestia grave y que se acaba encauzando como un supuesto de violencia doméstica cuando se produce, como tantas veces, en este ámbito particular<sup>2</sup>.

1. Vid. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*, Alzira, 2001, p. 19.

2. <http://www.usdoj.gov/usao/cac/HowCanWeHelp/vw/stalking.html>.

La fenomenología del acoso es muy amplia: las formas de acosar son muy variadas –hasta “con palabras”<sup>3</sup>– y muchas de ellas pueden combinarse<sup>4</sup>, realizándose directamente por el acosador o utilizando a otra(s) persona(s). Los comportamientos de persecución obsesiva más habituales consisten en: llamadas de teléfono, vigilancia en el hogar o en el trabajo, seguimiento por la calle, encuentros repetidos no casuales, envío de cartas y/o de regalos no solicitados, envío de paquetes conteniendo cosas extrañas, amenazas de suicidio u otras formas de “chantaje emocional”, molestias a amigos/familiares, incluso empujones... También pueden consistir en conductas delictivas tales como presentación de denuncias infundadas ante la policía o juzgado, daños materiales o incendios de cosas de la víctima, delitos contra el patrimonio, interceptación o control del correo postal, entrada sin permiso en el domicilio, amenazas contra familiares o amigos (o de llevarse a los niños), insultos, agresión/abuso sexual, detención ilegal, golpes, maltrato (incluido el maltrato de animales domésticos). La llegada de Internet ha dado cauce al llamado ciber-acoso, a través del envío de mensajes electrónicos maliciosos o amenazantes...

Normalmente, en el acoso alguien se mete en la vida de otra persona, contra su voluntad y esa intromisión genera en ella una sensación de peligro. Como consecuencia surge el miedo: el miedo a verse perjudicado de alguna forma o de que se perjudique a otras personas (en particular, cercanas o queridas), que acaba por lo común alterando gravemente su vida ordinaria. Los comportamientos de acoso son variados, complejos e impredecibles y cada incidente puede ser semejante al anterior o no; no es fácil saber si va a llegar a producirse un daño que afecte a la vida o a la integridad<sup>5</sup>, pero de los actos del acosador, para un observador imparcial, sí puede derivarse objetivamente ese riesgo.

Varios son, por tanto, los elementos básicos del acoso<sup>6</sup>:

- a) un patrón de comportamiento intrusivo en la vida de la víctima, contra su voluntad,
  - i. que no deja de suponer una “ruptura de la necesaria distancia relacional asentada sobre la paridad” que precisamos en nuestras relaciones<sup>7</sup>, y
  - ii. del que, implícita o explícitamente, se desprende un riesgo objetivo de que de manera próxima (o inminente) suceda algo malo o desagradable para la persona acosada o para seres próximos o queridos; así como,
- b) el consiguiente desasosiego, preocupación y hasta miedo razonable experimentado por la víctima.

---

3. M. POLAINO NAVARRETE, M. POLAINO ORTS, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, Madrid, 2004.

4. Vid. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores*, cit. pp. 22-23.

5. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating an Effective Stalking Protocol*, 2002, p. 7. <http://www.cops.usdoj.gov/RIC/Resource>.

6. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores*, cit. pp. 19 s.

7. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, 2009, p. 45.

Estamos ante una conducta invasiva, una injerencia persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y a la seguridad de quien la padece.

Individualmente considerados, los actos integrantes del acoso –de naturaleza potencialmente muy diversa<sup>8</sup> y susceptibles de producirse en una amplia variedad de situaciones o relaciones (no necesariamente de naturaleza íntima) y por múltiples motivaciones<sup>9</sup>– pueden tener la apariencia de comportamiento normal y nada ilegal: enviar flores o cartas de amor, esperar a una persona a la puerta de su casa, a la salida de su trabajo... Estos actos, por sí mismos, no constituyen ningún acto penalmente relevante; sin embargo, unidos a otros pueden derivar en un patrón de conducta ilegal. Y es que el hostigamiento –en cuanto ataque, agresión, grave molestia, insistentes– se presenta, en principio, desconectado de toda fuerza física, pero resulta objetivamente idóneo, como violencia psicológica, para generar en la víctima y en sus allegados inquietud, desasosiego, temor, miedo..., que pueden derivar hasta en deterioro de la salud mental.

Distinguen, en todo caso, los autores entre el acoso psicológico y el acoso moral. Prescindiendo de otro tipo de cuestiones y connotaciones<sup>10</sup>, la diferencia fundamental entre ambos se encuentra en la presencia o no de esa humillación o envilecimiento característicos del ataque a la integridad moral. Estos se añaden, en efecto, como elemento básico adicional del acoso en la modalidad de acoso moral<sup>11</sup>, donde la cosificación característica de la víctima se ve naturalmente acompañada de “sentimientos y sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores”<sup>12</sup>. Ahora bien, para algunos autores la violencia psicológica puede proyectarse exclusivamente “sobre el estado emocional” y, aun perturbando ese equilibrio emocional necesario para nuestro bienestar, no requiere conceptualmente que se generen también sentimientos de humillación o envilecimiento<sup>13</sup>.

En realidad, la cuestión está en saber si cabe un acoso psicológico al margen de todo proceso de dominación o de sometimiento. Esto algo conceptualmente posible, en particular, desde la perspectiva del sujeto activo, el cual con su hostigamiento puede perseguir simplemente entablar contacto o mantener una relación y no una dominación o sometimiento. Pero, el riesgo de que se acabe llegando más allá es alto y, muy en particular, desde la perspectiva victimológica: incapaz de escapar del control<sup>14</sup> del

---

8. A.I. PÉREZ MACHÍO, *Mobbing y Derecho Penal*, Valencia, 2007, p. 27.

9. Atracción intensa u odio extremo, deseos de contacto y control, obsesión, celos, etc. Así, Exposición de Motivos de la *Ley contra el Acecho en Puerto Rico*, núm. 284, de 21 de agosto de 1999.

10. A.I. PÉREZ MACHÍO, *Mobbing*, cit. pp. 22 s.

11. M.J. CRUZ BLANCA, “Relevancia penal vigente y proyectada de algunas formas de acoso moral”, en L. Morillas Cueva y M.J. Cruz Blanca, *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2009, pp. 95 ss. J.M. Villegas Fernández, “Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2005, núms. 1997 y 1998, pp. 3511 ss y 3703 ss.

12. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. p. 45.

13. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ibidem*, pp. 44 ss.

14. Y comportamiento “errático”, C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ibidem*, pp. 108.

acosador, no cabe duda de que la víctima de la acción acosadora puede con el tiempo acabar sintiéndose envilecida, al verse sometida, contra su voluntad, a soportar el comportamiento intrusivo.

### III. ALGUNOS APUNTES CRIMINOLÓGICOS Y VICTIMOLÓGICOS

#### 3.1. La figura del acosador

El acoso criminal o la persecución incesante de otra persona no es la expresión de un problema psiquiátrico. No existe un perfil psicológico único del acosador criminal y aun cuando también se den otras formas (como la persecución de un personaje famoso o de una estrella), puede decirse que, con carácter general, el motivo más frecuente suele ser el de controlar a la expareja. De todos modos, GARRIDO GENOVÉS destaca cómo, si bien el acoso suele darse de manera acentuada por parte del excónyuge o excompañero de la víctima (o por su actual cónyuge o pareja, perdurando la convivencia), también cabe el acoso entre personas desconocidas entre sí o entre quienes se conocen por motivos laborales o por compartir alguna actividad, sin relación sentimental alguna<sup>15</sup>.

Los autores de acoso criminal o de persecución incesante de otra persona pueden tener uno o varios rasgos psicológicos susceptibles de revelar desde un simple trastorno de la personalidad hasta una enfermedad mental grave; en todo caso, la mayoría presentan una personalidad obsesiva, traducida en pensamientos e ideas constantes acerca de la víctima.

Aun cuando son múltiples las tipologías propuestas y ninguna es capaz de englobar todos los supuestos, la elaborada por la unidad encargada de investigar los casos de amenazas del Servicio de Policía de los Ángeles (*Los Angeles Police Department Threat Management Unit*) se utiliza de manera extendida como cuadro teórico<sup>16</sup>. Distingue tres tipos de comportamiento por parte del autor del acoso: la erotomanía, la obsesión amorosa y la simple obsesión.

- La erotomanía es un trastorno delirante según el cual el individuo cree verdaderamente que la víctima –habitualmente del sexo opuesto– le quiere con pasión, y que se lo demostraría si no fuera por determinadas influencias externas. Normalmente la otra persona suele tener una posición más elevada que la del erotómano, pero no se trata necesariamente de una estrella o de un personaje famoso; más bien suele ser un conocido relativamente cercano.
- Las personas que actúan movidas por una obsesión amorosa muy a menudo padecen una enfermedad mental grave, a menudo esquizofrenia o alguna otra manía, y quieren ganarse el amor de su víctima.

---

15. Vid. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores*, cit. p. 24.

16. Vid. M.A. ZONA, K.S. SHARMA y J. LAÑE, “A Comparative Study of Erotomanic and Obsessional Subjects in a Forensic Sample”, *Journal of Forensic Sciences*, vol. 38, nº 4, 1993, pp. 894-903. Para otras tipologías ver también C. Villacampa Estiarte, *Stalking*, cit. pp. 94 ss.

- Quien padece una simple obsesión persigue por lo general a otra persona con la que ya ha tenido una relación. El contacto ha podido ser mínimo, sobre todo en los casos de una cita a ciegas, pero generalmente se trata de una relación más prolongada, de una unión de hecho o del matrimonio. El sujeto se niega a reconocer que su relación con la víctima ha terminado y adopta una actitud según la cual si él no puede tenerla, tampoco ningún otro. Este individuo se lanza a una campaña de acoso, intimidación y terror psicológico. La inmensa mayoría de los acosadores sujetos a una simple obsesión no sufre trastornos mentales. La investigación llevada a cabo por el Ministerio de Justicia de Canadá reveló que en los 601 casos examinados, 91% de los acosadores eran hombres y 88% de las víctimas mujeres<sup>17</sup>.

Existe otro tipo de personas cuyos actos de acoso se inscriben en el marco de su perversión sexual (desviación); se trata normalmente de violación, pedofilia y sadismo<sup>18</sup>.

### 3.2. Repercusión en las víctimas

En razón del efecto acumulativo de los actos de acoso, las víctimas viven en un estado de intimidación y esto les causa sufrimientos psicológicos y problemas emotivos<sup>19</sup> con consecuencias graves en su vida familiar y social, y hasta en el desempeño de su puesto de trabajo. Reaccionan ante el acoso de diversas maneras:

- se hacen reproches a sí mismas;
- minimizan las repercusiones del acoso;
- afrontan el acoso como un problema personal;
- se sienten despreciadas y traicionadas;
- se encuentran ansiosas y temerosas por el carácter imprevisible de la conducta del autor del acoso;
- se sienten impotentes e incapaces de controlar su vida;
- no tienen confianza en la policía y, en consecuencia, no denuncian los incidentes;
- no toman medidas porque ignoran que el acoso puede ser un acto delictivo<sup>20</sup>.

---

17. Vid. R. GILL et J. BROCKMAN, *L'examen de la mise en œuvre de l'article 264 (le harcèlement criminel) du Code criminel du Canada*, Ministère de la Justice du Canada, document de travail DT1996-7f, octobre 1996, inédit.

18. Vid. M.J. McCULLOUGH, P.R. SNOWDEN, P.J.W. WOODS, H.E. MILLS, "Sadistic Fantasy, Sadistic Behaviour and Offending", *British Journal of Psychiatry*, vol. 143, 1983, pp. 20 ss.

19. Hasta estrés postraumático, C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 106 s.

20. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, cit. pp. 11-12; y U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking Victimization in the United States*, 2009, NCJ 224527, p. 14. <http://www.cops.usdoj.gov/RIC/Resource>.



## IV. DERECHO COMPARADO

La articulación de medios jurídico-penales para tutelar a los ciudadanos victimizados por actos de persecución u hostigamiento sistemático se inicia en los Estados Unidos de América, extendiéndose enseguida por el mundo del *Common Law*. En la actualidad, también hay ejemplos relevantes en Europa continental<sup>21</sup>.

### 4.1. Los EE.UU. de América

En la década de los 80 se produjeron diversos sucesos que atrajeron la atención de los medios de comunicación y de la policía por afectar a personas famosas: junto al asesinato de John Lennon (1980), el intento de asesinato de la actriz Theresa Saldana (1982), la masacre protagonizada por Richard Farley (1988), el asesinato de la también actriz Rebecca Schaeffer (1989), al que se unieron otros cinco asesinatos más ese mismo año. Todos ellos tuvieron lugar tras varios años de acoso por parte de sus obsesivos admiradores. Al mismo tiempo, con el estreno de películas como *Fatal Attraction*, *Cape Fear* y *Sleeping with the Enemy* y su cobertura por los medios, el fenómeno de *stalking* (acoso) comenzó a ser muy conocido.

Hasta aquel momento sólo algunos Estados contaban con leyes relativas al *assault* y *harassment*; en general eran inadecuadas o nulas las herramientas que la legislación penal ofrecía para proteger a los muchos ciudadanos victimizados. Las tradicionales *restraining orders*<sup>22</sup> raramente resultaban efectivas, pues para castigar a los autores había que esperar a la violación de la orden respectiva; además, quedaban sometidas a límites jurisdiccionales que mermaban su aplicación. Por ello se decidió aprobar una legislación anti-acoso.

El primer Estado que contó con una ley contra el acoso (acecho furtivo a una persona) que lo incriminaba como delito fue California en 1990 (*California Penal Code. Section 646.9*). Se aprobó en respuesta al gran número de supuestos en los que la conducta de acoso había acabado resultando en la muerte de la víctima, a pesar de que la Policía (impotente, por la falta de instrumentos legitimadores de su intervención) había sido ya avisada del comportamiento amenazante del acosador. Con ella se abrió el paso a la intervención policial preventiva.

En septiembre de 1993, los 50 Estados y el Distrito de Columbia contaban ya con leyes contra el acoso, aunque éstas diferían en cuanto a la definición, enfoque y hasta denominación del fenómeno (*stalking*, *criminal harassment*, *criminal menace*...). Ahora bien, por su falta precisión a la hora de la definición de los comportamientos punibles algunas de ellas resultaron rechazadas por los tribunales, lo que obligó a la apertura de nuevos procesos legislativos dirigidos a salvar los defectos de inconstitucionalidad<sup>23</sup>.

---

21. Para un repaso pormenorizado, con amplio número de países, C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 111 ss.

22. Vid. V. MAYORDOMO RODRIGO, *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005, p. 190.

23. M.K. BOYCHUK, "Are stalking laws unconstitutionally vague or overbroad?", *Northwestern University Law Review*, 88,2, 1994, pp. 769 ss; R.A. GUY Jr., "The nature and constitutionality of stalking laws", *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, pp. 991 ss.

Para evitarlos, el Congreso acordó la formación de un comité especial de redacción de un modelo de código contra el acoso, elaborado con base en el informe presentado por la *National Criminal Justice Association*, en colaboración con el *National Institute of Justice*, el *National Center for Victims of Crime* y otras organizaciones. El Modelo de Código Anti-Acoso<sup>24</sup> consideraba delito: tomar parte en una línea de conducta que puede llevar a una persona razonable a temer por su vida o integridad o la de algún familiar directo, siendo consciente el acosador (o debiendo serlo) de que puede generar ese miedo a la víctima y abocando de hecho a la víctima a este temor<sup>25</sup>.

El 13 de septiembre de 1994, el Presidente Clinton firmaba la *Public Law 103-322*, conocida como “*Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*”, que en su Título IV, § 40131- 40611 (42 U.S.C. § 13931-14040, *Violence Against Women*) establecía mecanismos para hacer frente a los numerosos crímenes de violencia doméstica, sexuales, de acecho, hostigamiento y persecución contra mujeres de todas las razas, condición social, étnica y económica en los Estados Unidos<sup>26</sup>. Y en 1996, el Congreso de los EE.UU. aprobó la *Federal Interstate Stalking Punishment and Prevention Act*, prohibiendo el acoso interestatal, el acoso en territorio federal y en cualquier lugar bajo jurisdicción federal. La ley también amplió las disposiciones de la *Violence Against Women* para incluir a todas las víctimas, no sólo a las mujeres o compañeras de los ofensores. En noviembre de 2000, la Ley se reformó y su contenido pasó a formar parte de la *Violence Against Women Act (VAWA)*.

Además, en 2002 se elabora un *Protocolo sobre el Acoso*, con la finalidad de acrecentar la efectividad de la policía contra este tipo de conducta. Como se explica en él, el acoso difiere de otros delitos al menos en dos aspectos:

- de una parte, es una forma de conducta victimizante repetida, constituida por una serie de incidentes más que por un único acto delictivo;
- por otra parte, es un delito que se caracteriza por el impacto que produce en la víctima a través del temor que genera.

Los episodios de acoso, normalmente, parecen inocuos si se examinan de manera aislada; pero la cosa cambia una vez que resultan identificados como partes de un patrón de conducta caracterizado por la imposición de un contacto no deseado del infractor hacia la víctima. Tanto si el comportamiento está relacionado con episodios de violencia doméstica como si lo lleva a cabo un desconocido, los actos de acoso resultan inquietantes y siniestros, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de

---

24. National Criminal Justice Association, *Project to Develop a Model Anti-Stalking Code for States, Final Summary Report*. Washington, DC, 1993. [http://www.popcenter.org/problems/stalking/PDFs/NIJ\\_Stalking\\_1993.pdf](http://www.popcenter.org/problems/stalking/PDFs/NIJ_Stalking_1993.pdf).

25. El Modelo de Código fue revisado en la década de los 90, incluyendo un listado de conductas a título ilustrativo y aludiendo a la necesidad de que el autor sea consciente (o deba serlo) de que su línea de conducta puede causar en una persona razonable, bien miedo por su seguridad o la de un tercero, bien angustia emocional. National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washinton, 2007. <http://www.ncvc.org/ncvc/AGP.Net/Components/documentViewer/Download.aspxnz?DocumentID=41822>.

26. Vid. al respecto, A. AZAGRA MALO, E. FARNÓS AMORÓS, “La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU”, *InDret*, 4/2006, p. 10.

causar daño a la víctima. Se trata, por su propia naturaleza, de un comportamiento que requiere de una intervención temprana y preventiva eficaz, porque no es infrecuente que se vea seguido de un ataque físico: incluso, la muerte de la víctima<sup>27</sup>. El ataque físico se produce finalmente en el 25% a 35% de los supuestos de acoso<sup>28</sup>.

Por su parte, en enero de 2009, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha publicado un informe especial titulado *Stalking Victimization in the United States*<sup>29</sup>. Define el acoso como una serie de actos repetidos dirigidos contra una persona concreta que puede inducir a cualquier persona razonable a sentir miedo. El Informe pone de manifiesto que en el transcurso de un año, aproximadamente 34.000.000 personas mayores de 18 años fueron víctimas de acoso en Estados Unidos, estimándose que una de cada doce mujeres y uno de cada cuarenta y cinco hombres es acosado al menos una vez en su vida<sup>30</sup>. La mayor parte de las víctimas conocen al acosador y en pocos casos es éste un extraño<sup>31</sup>.

El acoso a nivel interestatal está definido, en la actualidad, en la ley federal 18 U.S.C. § 2261A<sup>32</sup>, si bien la definición legal de acoso no es la misma en las distintas jurisdicciones, que se rigen por leyes penales específicas<sup>33</sup>. Las leyes estatales difieren en lo que se refiere al elemento del temor de la víctima, al peligro o daño emocional y al propósito del acosador. Algunas legislaciones exigen que la víctima se haya sentido efectivamente atemorizada, mientras que para otras lo que el comportamiento del acosador ha de producir es temor en una persona normal. Además existen divergencias en cuanto al grado de temor que unas y otras legislaciones requieren: en algunos Estados es preciso que se trate de un miedo a morir o a sufrir graves daños físicos; en otros, basta con probar que la víctima ha sufrido violencia o un daño psíquico.

## 4.2. Canadá

En Canadá el *criminal harassment* –acoso u hostigamiento, que incluye el *stalking*– constituye un delito. Se trata de una conducta repetida a lo largo de un periodo de tiempo, que provoca en las víctimas un temor fundado acerca de su seguridad, pero no conlleva necesariamente lesiones físicas. El acoso puede ser un aviso de actos de violencia por llegar<sup>34</sup>.

---

27. U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *Creating*, cit. p. 6.

28. U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *ibidem*, p. 14.

29. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking*, p. 1. <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub>.

30. U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *Creating*, cit. p. 8.

31. U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *ibidem*, p. 13.

32. U.S. Department of Justice, *Stalking*, cit. p. 3.

33. S.J. Morewitz, *Stalking and Violence. New Patterns of Trauma and Obsession*, New York, 2004, pp. 61 ss.

34. Department of Justice. Canada, *Criminal harassment: a Handbook for Police and Crown Prosecutors*, p. 1. [www.justice.gc.ca](http://www.justice.gc.ca) (última modificación: 14.05.2009).

No es una conducta nueva, pero su reconocimiento como infracción autónoma data de 1993, momento en que se modificó el *Criminal Code of Canada* a fin de crear esta nueva infracción. Un importante factor que propició su introducción fue la preocupación del personal de justicia penal, ya que las incriminaciones del Código Penal no cubrían adecuadamente el hecho del acoso, que se había convertido en una nueva forma de violencia contra las mujeres. Antes de esa fecha, quienes llevaban a cabo tales comportamientos podían ser acusados de intimidación, amenazas, daños, proposiciones obscenas por teléfono, llamadas telefónicas hostigadoras-acosadoras...

Conforme al art. 264 (1) del *Criminal Code of Canada*, nadie puede, sin autorización legítima y a sabiendas de que otra persona está siendo acosada o pudiendo saberlo, llevar a cabo las conductas descritas en el párrafo (2), que producen en cualquier persona razonable, en esas mismas circunstancias, miedo por su seguridad o por la de algún conocido.

Según el párrafo (2), las conductas a las que se refiere el párrafo (1) consisten en:

- (a) seguir a una persona o a sus allegados de modo repetido de un lugar a otro;
- (b) comunicarse de forma repetida, tanto directa como indirectamente, con otra persona o con sus conocidos,
- (c) acechar o vigilar su lugar de residencia o el lugar donde esa persona o alguno de sus conocidos reside, trabaja, ejerce su actividad profesional o se encuentra,
- (d) comportarse de manera amenazante contra esa persona o contra algún miembro de su familia.

Constituye lo que en Derecho canadiense se denomina un delito híbrido (*hybrid offence*), que puede llegar a ser castigado (basta con una sola de las conductas) con una pena de hasta diez años de prisión.

Dada la amplia gama de percepciones, sentimientos o sensaciones negativas que las personas acosadas pueden experimentar –temor, perturbación, confusión, aislamiento, impotencia, desesperación, cólera, depresión, indiferencia, falta de control, inseguridad, desconfianza, tristeza, baja autoestima...–, se prevé para estos supuestos la posibilidad de obtención de una orden de no perturbación del orden público, en virtud del artículo 810 del Código Penal de Canadá<sup>35</sup>. Se trata de una orden judicial (por un tiempo máximo de un año) dirigida a la protección de la víctima del acoso, que puede obligar al acosador a abstenerse de todo contacto o especificar expresamente a qué distancia ha de mantenerse respecto de aquélla, de su lugar de trabajo, de su domicilio o de cualquier miembro de su familia. La violación de esta orden constituye un acto delictivo susceptible de pena de multa de hasta 2000 dólares o (alternativa o conjuntamente) pena de prisión de hasta seis meses<sup>36</sup>.

---

35. K. Hackett, "Criminal harassment", *Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics*, catalogue n° 85-002-XIE, vol. 20, n° 11, p. 15.

36. <http://www.justice.gc.ca>.

En 1995, dos años después de que el delito de acoso fuera incorporado al Código Penal como una infracción autónoma, los ministros de Justicia crearon un grupo de trabajo compuesto por funcionarios federales, provinciales y territoriales para desarrollar preceptos que respondieran a las necesidades de la policía y *Crown Prosecutors* en la tarea de hacer cumplir esa normativa. El 3 de diciembre de 1999 se publicó *A Handbook for Police and Crown Prosecutor in Criminal Harassment* con las directrices para la prevención del crimen, las medidas judiciales a adoptar en caso de acoso con amenazas, así como para la reducción del número de víctimas y la mejora de la seguridad en las colectividades. La Guía –que las provincias y territorios pueden adaptar a sus necesidades y a sus políticas en relación con cuestiones conexas–, enumera un amplio número de supuestos de acoso y contiene conclusiones y recomendaciones extraídas del examen de las disposiciones del Código Penal relativas al acoso que el Ministerio de Justicia efectuó en 1997<sup>37</sup>.

### 4.3. Gran Bretaña

En Inglaterra y Gales se tipificó el acoso con la aprobación de la *Protection from Harassment Act 1997*<sup>38</sup>, conocida como “*The Stalking Law*”, que entró en vigor el 16 de junio de 1997<sup>39</sup> y resulta aplicable a los actos de acoso realizados a partir de esa fecha. La aprobación de esta ley se vio acompañada de un gran interés público y político. Se consideraba que ni las leyes civiles ni las penales abordaban el problema del acoso de un modo apropiado y que era necesaria una nueva legislación. “*The Stalking Law*” introdujo dos delitos, autorizando igualmente a los tribunales civiles a dictar mandamientos para el resarcimiento de perjuicios.

- Conforme a su art. 1, no está permitido que una persona desarrolle una línea de conducta que equivalga a acosar a otra, sabiendo o debiendo saber qué supone un acoso. Se entiende que la persona que lleva a cabo esta conducta es consciente del acoso si cualquier persona razonable en posesión de la misma información podría pensar que esa conducta efectivamente supone acoso a otra persona. La pena es de privación de libertad por tiempo no superior a seis meses o multa (alternativa o simultáneamente).

Con todo, no existe acoso si la línea de conducta descrita: a) se lleva a cabo con el propósito de prevenir o descubrir un delito; b) se realiza en cumplimiento de

---

37. Datos estadísticos obtenidos a partir de la información de la policía y de los tribunales del año 1997 revelaron ya lo siguiente: 8 de cada 10 víctimas eran mujeres, 9 de cada 10 acusados eran hombres, el 67% de las víctimas fueron objeto de un delito de acoso por parte de su pareja actual o pasada, o de un íntimo amigo del sexo masculino, el 43% de las víctimas de sexo masculino fueron objeto de acoso por parte de un conocido, y casi la mitad de éstos eran hombres; sólo un 13% lo fueron por parte de una ex-pareja o de una amiga. El 59% de todos los incidentes se produjeron en la residencia de la víctima. Si bien las víctimas padecen casi siempre un perjuicio psicológico, la policía verificó que se produjeron lesiones corporales en menos del 1% de los casos, el 21% de todos los incidentes de acoso comportaron la perpetración de alguna otra infracción: una agresión física (16% de todas las infracciones conexas), infracciones contra los bienes (21%), incumplimiento de una orden de probación (7%) e incumplimiento de las condiciones de fianza (6%).

38. E. FINCH, *The Criminalisation of Stalking. Constructing the Problem and evaluating the solution*, London/Sydney, 2001, pp. 217 ss; E. Petch, “Anti-stalking laws and the protection from Harassment Act 1997”, *The Journal of Forensic Psychiatry*, 13, 1, 2002, pp. 19 ss.

39. <https://www.hms.o.gov.uk/acts/acts1997>.

una orden, o algún precepto legal o en cumplimiento de cualquier condición o requerimiento impuesto legítimamente por alguna persona; o c) las concretas circunstancias concurrentes hacen que pueda tenerse por razonable.

Conforme al artículo 3 la persona real o potencialmente víctima de la conducta en cuestión puede reclamar civilmente al acosador el resarcimiento por los perjuicios sufridos por la ansiedad generada por el acoso y cualquier otra pérdida económica derivada del mismo. La *Hight Court*, o la corte del condado, emiten un mandamiento con la finalidad de impedir que el acusado siga llevando a cabo conductas de acoso. Si el demandante considera que el acusado realiza algo que está prohibido en el mandamiento, puede solicitar una orden de prisión.

- Dispone, además, el artículo 4 que la persona cuya conducta haga temer a otra, al menos en dos ocasiones, que se le va causar algún tipo de violencia es culpable de un delito si sabe o debe saber que su comportamiento iba a atemorizar en cada una de las ocasiones en que se haya llevado a cabo. Se entiende que esta persona debe saberlo si cualquier persona en posesión de la misma información hubiera sido consciente de que su conducta produciría tal resultado. Las penas son: prisión hasta cinco años o (alternativa o combinadamente) multa, si se trata de un delito grave de la competencia del jurado (*conviction on indictment*); y prisión hasta seis meses o (alternativa o combinadamente) multa, que no exceda el máximo legal, si es juzgado por un juez individual como autor de una infracción menos grave (*on summary conviction*).

Constituye una defensa para la persona acusada en este artículo demostrar: a) que con dicha conducta se tuvo el propósito de prevenir o descubrir un delito; b) que el comportamiento se llevó a cabo obedeciendo una orden o algún precepto legal, o en cumplimiento de cualquier condición o requerimiento impuesto por alguna persona bajo alguna orden; o c) que ese tipo de conducta fue razonable para protegerse a sí mismo o a otra persona, para proteger su propiedad o la de otro.

En el artículo 5 se contienen las órdenes de restricción (*restraining orders*) que pueden aplicarse a las personas consideradas culpables con base en los artículos 2 ó 4. Con el propósito de proteger a la víctima (o a cualquier otra persona mencionada en la orden) frente a una conducta posterior que equivalga a acoso o que produzca temor de violencia, la orden puede prohibirle hacer lo que se establezca y estará vigente bien durante un periodo específico o hasta una orden posterior. El fiscal, el demandante o cualquier otra persona mencionada en la orden, pueden solicitar al tribunal que ha dictado la orden que la modifique o que sea sustituida por una orden posterior.

Si el acusado, sin una razón suficiente, hace algo que le está vetado por la orden es culpable de un delito y será castigado con pena de prisión hasta cinco años o (alternativa o simultáneamente) multa, si se trata de una *conviction on indictment*, y con pena de prisión no superior a seis meses o (alternativa o simultáneamente) multa que no exceda el máximo legal, si es juzgado por un juez individual *on summary conviction*.

La *Protection from Harassment Act 1997* no es la única regulación aplicable a los acosadores. En el *Common law*, a partir del caso *Burris v. Azadani* [1995] 1 WLR 1372 se pueden dictar mandamientos cuando el acosador y sus víctima son

pareja o personas que han vivido juntas o cuando la víctima no puede solicitar a los tribunales una *non-molestation order* (de la *Family Law Act 1996*). Los tribunales pueden adjuntar una orden de detención para el caso de que el demandado incumpla la orden. Además, en 1997, en los casos *R. v. Burstow* y *R. v. Ireland*, la Cámara de los Lores decidió que los acosadores que hubieran causado daños psíquicos a sus víctimas podían ser perseguidos, aun cuando no hubieran atacado físicamente a su víctima.

Por su parte, en Escocia, la *Protection from Harassment Act 1997* presenta algunas características específicas. El acoso no tiene la consideración de infracción penal (*criminal offence*), sino de infracción civil. Las víctimas de *stalking* pueden solicitar un interdicto contra el acosador o una orden de no acosar; y su vulneración constituye ya una infracción penal<sup>40</sup>.

#### 4.4. Otros ejemplos europeos

En el marco europeo occidental<sup>41</sup>, Dinamarca es un país auténticamente “precursor”<sup>42</sup> en este campo, pues se ocupa desde 1933 de castigar en el artículo 265 de su Código Penal –como forma de desobediencia policial y con pena de prisión de hasta dos años– la vulneración de la paz de otro “importunándolo, persiguiéndolo con cartas o molestándolo de cualquier forma, a pesar de la advertencia policial”<sup>43</sup>.

También Bélgica y Holanda cuentan con disposiciones penales incriminatorias de lo que denominan “*harcèlement*” o “*belaging*”, consistente en el acoso u hostigamiento a otro a sabiendas de (o debiendo saber) que se afecta gravemente a su tranquilidad (art. 422 bis CP belga) o en el hecho de inmiscuirse de manera repetida e intencional en la vida privada de otro para obligarle a hacer algo o a abstenerse de hacerlo, o para atemorizarle (art. 285b CP holandés).

En 2006 se introdujo en Austria la *Berharrliche Verfolgung* (§107a öStGB) dirigida a castigar hasta con un año de prisión, y a instancias del acosado, a quien persigue ilegal y tenazmente a otro; esto es, quien mantiene continuamente y por un largo período de tiempo una conducta perjudicial para el modo de vida de la víctima, a) tratando de acercarse a la misma, b) contactando con ella por medios de telecomunicación o específicos o a través de terceros, c) encargando bienes o servicios en su nombre y utilizando sus datos personales, o d) utilizando igualmente sus datos personales para hacer que un tercero contacte con ella (§107a öStGB).

---

40. The Scottish Parliament. The Information Center, *Stalking and Harassment*, RN 00-58, 2000, p. 3.

41. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 155 ss. Modena Group on Stalking, *Protecting women from the new crime of stalking: a comparison of legislative approaches within the European Union. Final Report*, Modena, 2007, pp. 18 ss. [http://stalking.medlegmo.unimo.it/RAPPORTO\\_versione\\_finale\\_011007.pdf](http://stalking.medlegmo.unimo.it/RAPPORTO_versione_finale_011007.pdf).

42. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. p. 157.

43. S. GIBBONS, “Freedom from fear of Stalking”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6, 1998, pp. 138 s.



Por su parte, el §238 StGB incluye en Alemania la “persecución” (*Nachstellung*) como delito contra la libertad personal perseguible, en principio, a instancia de parte<sup>44</sup>. La persecución de manera autorizada y persistente de una persona se considera punible cuando perjudica gravemente su desarrollo vital y se traduce en a) tratar de acercarse a la misma, b) intentar contactar con ella por medios de telecomunicación o específicos o a través de terceros, c) encargar bienes o servicios en su nombre y utilizando sus datos personales, o provocando por los mismos medios que un tercero entre en contacto con ella, d) amenazarle con lesionar su vida, incolumidad corporal, salud o libertad o la de alguien de su entorno cercano; e) realizar cualquier otra conducta similar a las anteriores. Las penas son de prisión hasta tres años o multa, que se convierten en prisión de tres meses a cinco años si concurre peligro de muerte o grave menoscabo para la salud de la víctima, de su pariente o de persona allegada. Si se causa la muerte de la víctima, su pariente o persona allegada la pena es de uno a diez años de prisión.

En 2001 se creó en Italia el *Osservatorio Nazionale sullo Stalking*, perteneciente a la Asociación Italiana de Psicología y Criminología, y que ha asistido hasta 2009 a alrededor de 8.000 víctimas. Las investigaciones llevadas a cabo por el *Osservatorio* han puesto de manifiesto que sólo el 25% de las víctimas de acoso en Italia han sido hombres y que el 5% de los homicidas entre 2002 y 2006 fueron previamente acosadores<sup>45</sup>. En junio de 2008, a raíz de una serie de graves incidentes que llamaron la atención pública, se propuso una ley, aprobada en 2009: la *Ley núm. 38, de 23 de abril de 2009*<sup>46</sup> introdujo en el Código Penal el art. 612 bis, “*Atti persecutori*”. En él se tipifica como infracción penal sancionada con pena de prisión de seis meses a cuatro años todo tipo de conducta reiterada de acoso u hostigamiento, amenazadora o persecutoria idónea para: 1) causar un perdurable estado de ansiedad o temor en la víctima, 2) producir en las víctimas un temor fundado sobre su propia seguridad o la de sus parientes, allegados, o persona unida a la víctima por una relación afectiva, 3) forzar a la víctima a modificar su hábitos de vida. Si el autor del delito es una persona unida a la víctima por una relación de parentesco o si está o ha estado unido a la víctima por una relación (por tanto, exmarido o exmujer, y también expareja), y/o si la víctima está embarazada o es menor, la pena puede llegar hasta seis años de prisión.

---

44. S. GERHOLD, *Der neue Stalking- Tatbestand; ein erster Überblick, Neue Kriminalpolitik*, 2007, pp. 2 ss; F. Meyer, “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von ‚Stalking‘ im deutschen Recht”, *ZStW*, 115, 2003, pp. 249 ss; J. Kinzig/S. Zander, “Der neue Tatbestand der Nachstellung (§238 StGB) –Gelungener Abschluss einer langen Diskussion oder missglückte Massnahme des Gesetzgebers?–”, *Juristische Arbeitsblätter*, 7, 2007, pp. 481 ss; W. Mitsch, “Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch”, *NJW*, 18, 2007, pp. 1237 ss; F. Neubacher/G. Seher, “Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§238 StGB)”, *Juristen Zeitung*, 21, 2007, pp. 1029 ss; B. Valerius, “Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in §238 StGB”, *JUS*, 4, 2007, pp. 319 ss.

45. <http://www.stalking.it>.

46. “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonchè in tema di atti persecutori*”. *Gazzetta Ufficiale* n. 95 del 24 aprile 2009. <http://www.parlamento.it/parlam/leggi>.

## V. EL DERECHO ESPAÑOL

En España no se dispone realmente de estadísticas sobre el acoso. De un lado, porque el acoso no se ha considerado, en general, como una figura delictiva específica. Y de otro, porque el supuesto de acoso más frecuente –hacia las mujeres– ha sido poco estudiado, toda vez que la mayor parte de los esfuerzos se han dirigido a analizar los malos tratos físicos contra las mujeres, prestándose una menor atención a las agresiones de carácter psicológico<sup>47</sup>.

### 5.1. Modalidades de acoso legalmente tipificadas:

Si bien el viejo Código Penal castigó la solicitación a una mujer por parte de funcionario público como abusos contra la honestidad cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Capítulo VIII, Título VII, arts. 383-384) –una incriminación que se mantiene en la actualidad entre los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función (arts. 443-444; Capítulo IX, Título XIX, Delitos contra la Administración pública)–, es sólo a partir del Código Penal de 1995 cuando el término acoso aparece por primera vez en el Código, introducido entre los delitos contra la libertad sexual.

Por su parte, la reforma de 2010 se ha vuelto a ocupar de otras modalidades específicas de acoso, al incluir en el Código el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el ciberacoso sexual.

#### a) El acoso sexual

La regulación del acoso sexual se encuentra en el art. 184 (Capítulo III del Título VIII, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, del Libro II del Código Penal), reformado por la Ley Orgánica 11/1999, que elevó sensiblemente el nivel de intervención penal en este marco, añadiendo un nuevo tipo básico y convirtiendo en agravado el tipo básico anterior, incluyendo una agravación adicional, sustituyendo las penas de arresto de fin de semana por prisión y modificando las penas de multa.

La conducta típica básica –castigada con prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses– consiste en solicitar favores sexuales. Ahora bien, para resultar punible, esta conducta

- debe tener lugar en un determinado ámbito de relación: laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual; y, sobre todo,
- ha de suponer para la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante.

El delito de acoso sexual resulta agravado en los supuestos de chantaje sexual, castigados con prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. Hay chantaje sexual cuando el culpable del acoso sexual haya cometido el hecho, “prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el

---

47. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores*, cit. pp. 19 s.

anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación”.

Por su parte, el art. 184.3, introducido por la reforma de 1999, incluye un supuesto adicional de agravación<sup>48</sup>, que eleva las penas del tipo básico a prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses, mientras que para el chantaje sexual agravado se prevé prisión de seis meses a un año. Esta agravación opera “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”.

### **b) La reforma de 2010: el acoso laboral, el acoso inmobiliario, el ciberracoso sexual**

La reforma de 2010 del Código Penal ha vuelto a incidir en la cuestión del acoso, tipificando nuevas modalidades específicas: el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el ciberracoso sexual.

- El primero, el *acoso laboral*, queda incardinado entre los delitos contra la integridad moral (Título VII del Libro II). Dispone, en efecto, el nuevo segundo párrafo introducido en el número 1 del artículo 173 la imposición de la pena reservada para los graves menoscabos de la integridad moral –prisión de seis meses a dos años– “a los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.
- Dos son, por su parte, los preceptos dedicados al *acoso inmobiliario*, cuya tipificación resulta justificada por el Preámbulo de la reforma “al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda” y por las dificultades a las que se enfrentaba su “represión”, dada la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal (apdo. XI):
  - el tercer párrafo del artículo 172.1, que impone las penas del delito de coacciones (Capítulo III; Título VI, Libro II), en su mitad superior (esto es, prisión de un año y tres meses a tres años o multa de 18 a 24 meses), “cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”; y,
  - el nuevo tercer párrafo del artículo 173.1. Al igual que el nuevo párrafo segundo, éste impone la pena de prisión de seis meses a dos años “al que, de forma reiterada, lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.
- Por su parte, el *ciber-acoso* (*child grooming*), queda regulado por el artículo 183 bis, entre los “abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” (Capítulo II bis del Título VIII). Castiga este artículo la entrada en contacto con

---

48. Un “tipo hipercualificado”, M. POLAINO NAVARRETE. “Reformas penales (desde 1995 a 2002)”, en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid, 2004, p. 654.

un menor de 13 años a través de Internet, del teléfono o por medio de cualquier otra tecnología de la información y comunicación,

- \* “para concertar un encuentro con el mismo”
- \* a fin de cometer delitos de agresiones o abusos sexuales o para su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico de cualquier clase y en cualquier soporte
- \* siempre que la “propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”.

## 5.2. Carencia de una tipificación propia del acoso en general

La inclusión en el Código Penal de las nuevas figuras específicas de acoso (fundamentalmente moral) pone aún más si cabe de manifiesto la laguna existente por lo que se refiere a la tipificación de los comportamientos genéricos de acoso. Estos vienen por lo común integrados por una pluralidad de actos que, de no resultar individualmente punibles como ataques a la libertad y salvo que se produzcan en los específicos ámbitos de relación contemplados para el acoso sexual, laboral o inmobiliario, podrían quedar impunes, pues, por lo menos en lo que concierne al acoso psicológico, tampoco alcanzan a afectar a la integridad moral en la forma exigida por el primer párrafo del art. 173.1 CP. Sin embargo, por su reiteración y carga de hostilidad, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de causar daño a la víctima, se presentan como particularmente inquietantes y siniestros<sup>49</sup> y constituyen una agresión psicológica –porque producen un nivel de temor y ansiedad, cuando no de terror– que puede acabar traduciendo hasta en resultados lesivos para la salud.

Incomprensiblemente, estas conductas siguen sin tipificarse en el Código Penal, que sí describe en cambio y como se ha visto otras modalidades de acoso ceñidas a ámbitos concretos.

## 5.3. Tratamiento jurisprudencial del acoso

Ante la falta de tipificación penal específica del acoso, el tratamiento de los supuestos que han llegado a los tribunales<sup>50</sup> ha debido fijarse, en primer lugar, en los actos individuales integrantes de la conducta reiterada, que en ocasiones resultan ya constitutivos de delito. En tal supuesto la Justicia no ha tenido problemas en sancionar individualmente esos comportamientos como delitos contra los correspondientes bienes jurídicos de carácter personal o patrimonial, aun cuando se perdiera la visión de conjunto de los mismos y el desvalor específico que ello puede merecer. Lo mismo sucede cuando el desenlace del acoso es un delito grave, en cuyo caso, el hostiga-

---

49. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, cit. p. 6.

50. Ver también C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 248 ss.

miento, la persecución e invasión de la intimidad suelen acabar consumidos en el tipo delictivo de resultado de lesiones<sup>51</sup> o contra la vida<sup>52</sup>.

El delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 ha servido igualmente para perseguir supuestos de acoso realizados desobedeciendo una orden judicial de alejamiento<sup>53</sup>, combinado en ocasiones con la calificación oportuna de algunas de las acciones puntuales realizadas<sup>54</sup>. Pero, siendo un delito contra la Administración de Justicia, el delito de quebrantamiento sólo tutela ese bien jurídico y no cubre, por tanto, el ataque a la víctima<sup>55</sup>.

---

51. Así, J.M. TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, en G. Quintero Olivares (Dir.), F. Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª ed., Pamplona, 2009, p. 104.

52. Así, en *Sentencia de 24 de octubre de 2000*, del Tribunal Supremo se condenó al acusado como autor del delito de asesinato con alevosía y ensañamiento, concurriendo la agravante de abuso de confianza y la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Los hechos: F.S.R. pronto sintió atracción física por su compañera de trabajo y quiso ser correspondido. Cuando se enteró de que ésta tenía novio, comenzó a seguirla, al concluir la jornada laboral y a requerirla, mientras coincidían en el trabajo. Ella reaccionó de forma clara y tajante, con negativas a sus pretensiones. El acusado persistió en sus requerimientos y requiebros, albergando y representándose que la cuestión marchaba bien en función de la continua relación por razón de trabajo, de distintas ligerezas que entendía le permitía ella y de distintos detalles que aquella tuvo, que él interpretó siempre como altamente positivos de cara a ser correspondido y en esa situación de enamoramiento hizo reprochar a la víctima lo que observaba que hacía con su novio, cuando la seguía y que no vistiera en el trabajo de igual manera a como lo hacía cuando estaba con su novio. Entonces M.B.P. puso en conocimiento de los propietarios del almacén este acoso y aquellos reprendieron a F.S.R. su conducta. Meses después, sobre las 8 de mañana llegó al almacén y de forma sorpresiva e inesperada la atacó con una pala, asestándole brutalmente reiterados golpes, en número de once con intención de causar la muerte, pero primeramente encaminados a aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida y valiéndose de la situación en que por la relación de confianza, se hallaba M.B.P., hasta producirle la muerte. La sentencia considera que no presenta rasgos de la personalidad atípicos, encuadrados en el denominado “trastorno límite de la personalidad”, que no perdió el control de sus impulsos, y que no estuvo privado momentáneamente de la capacidad para entender y comprender los hechos realizados.

53. Medid “prototípica de *Derecho penal del enemigo*”. M. POLAINO NAVARRETE, “¿Por dónde soplan actualmente los vientos del Derecho penal?”, en *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge De Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 477.

54. En la *Sentencia de 28 de noviembre de 2000*, de la Audiencia Provincial de Baleares se relata que, tras haber impuesto al procesado una pena de multa y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, a lo largo de un año le llamó en repetidas ocasiones, se presentó en su lugar de trabajo con intención de hablar con ella y siguió realizando nuevas llamadas hasta que se presentó en el lugar de trabajo de la víctima y ante el jefe amenazó con “llevarse a alguien por delante” antes de suicidarse. La víctima volvió a solicitar que se dictase medida de protección y se dictó un auto por el que se le prohibía mantener cualquier tipo de contacto persona o telefónico con ella. Pese a la notificación de la resolución judicial se presentó otra vez en su domicilio para hablar con ella. A consecuencia de ello, tuvo que estar temporalmente de baja en el trabajo, abandonar el domicilio en que se residía y padecer un cuadro de ansiedad. El acusado fue condenado por un delito de quebrantamiento de condena, quebrantamiento de medida cautelar, descubrimiento de datos reservados, coacciones y de falta de amenazas, concurriendo en todos ellos la exigente incompleta de enajenación mental. No obstante, recurrió el fallo y, en *Sentencia de 18 de noviembre de 2002*, el Tribunal Supremo declaró probada su anomalía psíquica al tiempo de realización de los hechos, disponiendo su internamiento en un centro psiquiátrico por un periodo de seis años conforme a lo dispuesto en el art. 95 CP, ya que las acciones enjuiciadas, objetivamente consideradas, tenían la calidad de delictivas y la persistente conducta persecutoria de la víctima por parte del acusado permitía formular, en principio, un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de reiteración de esa clase de actos.

55. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 218 s.

En cualquier caso, son las figuras contra la libertad, así como las vejaciones injustas y el delito de maltrato doméstico, las vías más frecuentemente utilizadas hasta ahora por los tribunales para hacer frente a los supuestos de acoso no caracterizados por su componente sexual; también el maltrato doméstico cuando los tienen lugar en su particular ámbito de aplicación.

### **a) Amenazas**

La reconducción de los supuestos de acoso u hostigamiento a las figuras delictivas contra la libertad ha sido frecuente en el plano jurisprudencial. Por lo general, se entiende que es la libre formación de la voluntad lo que el acto de acoso afecta más directamente, al interferir en sus procesos de decisión, atacando la necesaria seguridad o tranquilidad de ánimo y, en ocasiones, hasta tratando de forzar la voluntad (o vencer la resistencia) de la persona acosada en una determinada dirección<sup>56</sup>. El acosador, en efecto, realiza un patrón de comportamiento intrusivo y no deseado en la vida de la víctima, que conlleva una amenaza implícita o explícita, puesta de manifiesto a través de determinados actos que suscitan un miedo razonable en la persona objeto del acoso<sup>57</sup>.

Por ejemplo, la *Sentencia de 24 de septiembre de 1998* de la Audiencia Provincial de Burgos consideró los hechos incardinados “en un entorno generalizado de acoso o perturbación constante en la persona de X, derivada sin duda del hecho de haber cesado en sus relaciones con el denunciado, siendo así que no puede otorgarse a la actitud amenazante demostrada con el intento o amago de atropello otra eficacia que la de dicha actitud perturbadora hacia X y su entorno.” Por ello fue castigado el procesado como autor de una *falta de amenazas* prevista en el art. 620.2 CP.

Por su parte, se relata en la *Sentencia de 26 de marzo de 2001*, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, cómo, tras el divorcio entre el acusado y M.R., se suspendió provisionalmente el régimen de visitas y comunicaciones del padre con los hijos. El acusado siguió acudiendo con frecuencia a las puertas del colegio de sus hijos, y a la parada del autobús que los mismos toman para acudir a su domicilio, viviendo los hijos y su ex-esposa tal circunstancia con temor y ansiedad, ante las malas relaciones existentes con el acusado. Todo ello motivó que la exesposa interpusiera varias denuncias por amenazas y acoso, dictándose la prohibición de acercarse a su exmujer e hijos y condenándosele por un delito de amenazas. También se estableció una indemnización en concepto de daños morales.

### **b) Coacciones**

Con todo, no deja de haber sentencias que han encauzado el supuesto a través del delito de coacciones, propiamente encaminado a la tutela de la libertad de obrar.

---

56. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores, cit.*, p. 19.

57. V. GARRIDO GENOVÉS, *ibidem*, pp. 19 s.

Según la *Sentencia 85/2008, de 9 de septiembre de 2008*, de la Audiencia Provincial de León, el acusado había quedado obligado a pagar a su exmujer una pensión compensatoria y a favor del hijo menor de edad una pensión de alimentos, obligaciones que no cumplió. Además, estuvo sometiendo a su exesposa a un acoso, hostigamiento y persecución continuada. En uno de los episodios la siguió a bordo de su coche a través de la ciudad. Se considera que esta conducta inadmisiblemente entraña una compulsión intimidatoria sobre la libertad de la víctima constitutiva del delito de coacciones.

Se le condena como autor de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones y de un delito de coacciones. Se le impone la prohibición de aproximarse a su exmujer, en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 250 metros por tiempo de un año y seis meses y de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de un año y seis meses.

Otras veces las coacciones van igualmente unidas a supuestos de amenazas. Este es, por ejemplo, el caso de la *Sentencia de 30 de diciembre 2000*, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca donde se detalla cómo, tras haber mantenido una relación afectiva, al no aceptar el varón la ruptura “vino acosando y atosigando a la denunciante enviándole cartas en las que le pedía que reconsiderase” su decisión y “dejándole mensajes en su móvil en algunos de los cuales se deducía el temor fundado a que fuese víctima de algún tipo de lesiones o maltrato por parte de C. o de que algo malo le podía ocurrir, así como acudiendo asiduamente al exterior de su casa y merodeando por los alrededores de la misma”. Se condenó al autor como responsable de un delito de amenazas no condicionales, de una falta de coacciones y de una falta de lesiones (por un cabezazo que dio en la cara a la persona que acompañaba a la perjudicada), reconociéndose a la víctima el derecho a ser indemnizada por daños morales.

### **c) Vejaciones injustas leves**

También las vejaciones injustas de carácter leve (art. 620.2 CP) han sido empleadas por los tribunales para sancionar penalmente comportamientos que implican un acoso de una persona hacia otra, si lo determinante en los mismos no ha sido la afectación directa de la libertad de la víctima.

En la *Sentencia de 27 de junio de 2008, núm. 427/2008* de la Audiencia Provincial de Valencia se reconoce que “la insistente repetición de los actos descritos en la relación de hechos probados, y que consistieron, por un lado, en presentarse varias veces el encausado ante la puerta de la vivienda de la denunciante hacia la medianoche, llamar al timbre y esperar varios minutos, marchándose a continuación a su casa, situada en el piso de abajo, y, por otro lado, en remitir múltiples cartas o papeles manuscritos en el que le confesaba su amor y mostraba su deseo de estar con ella, generaron sin duda en la denunciante un estado de desasosiego e intranquilidad que no puede ser ignorado desde una perspectiva jurídico-penal, sobre todo si se tiene presente el profundo desequilibrio psíquico que presenta el encausado”. “Desde una perspectiva objetiva, unos hechos así, reiterados en el tiempo, constituyen una modalidad de acoso amoroso susceptible de causar en la destinataria una vejación injusta que



no tiene por qué soportar en contra de su voluntad. De ahí que se repute aplicable el artículo 620.2º del Código Penal, en el que se castiga al que cause a otro una vejación injusta de carácter leve”<sup>58</sup>.

#### **d) Maltrato doméstico**

No es, por último, jurisprudencialmente infrecuente que la valoración total de la conducta de acoso, reiterada durante un amplio periodo de tiempo, se vea reconducida a un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP, como en el caso de la *Sentencia de 18 de diciembre de 2003*, del Tribunal Supremo.

“El acusado, al enterarse que su ex-mujer tenía una nueva pareja comenzó a hostigar a ambos con descalificaciones y expresiones intimatorias bien mediante llamadas de teléfono, bien personalmente tras acecharlos, buscarlos o ir al encuentro de ambos. El compañero sentimental de la mujer interpuso varias denuncias por amenazas de muerte realizadas a través del teléfono y presentándose en el domicilio de la pareja y el acusado fue condenado como autor de una falta de maltrato de obra y otra de insultos y amenazas. Meses después, tras acechar a la pareja cuando se dirigían a su domicilio intentó atropellarlos con su vehículo. A consecuencia de este último episodio, ambos, con antecedentes por tratamiento psiquiátrico por depresiones desde años anteriores, ingirieron voluntariamente un número no precisado de fármacos tras escribir sendas cartas explicando su suicidio. Ingresados en el hospital, tras recibir auxilio de familiares que los encontraron en estado semiinconsciente y grave, curando ambos sin llegar a precisarse hasta que punto corrió peligro sus vidas”.

La sentencia de instancia absolvió al exmarido de los dos delito de homicidio intentado y le condenó como responsable de un delito de violencia familiar habitual a la pena de dos años y cuatro meses de prisión y como autor de una falta de lesiones a la pena de dos meses multa y prohibición de acudir a la localidad de donde residieran las víctimas durante tres años, además de a una indemnización de 6.000 € para cada uno.

### **5.4. Valoración**

El posible encauzamiento a través de las vías señaladas (o, en el caso de las víctimas del terrorismo, por el art. 578 CP) de algunas de las conductas en que se manifiestan los supuestos de acoso no específicamente tipificados por el Código, pone simultáneamente de manifiesto su insuficiencia para otorgar un adecuado tratamiento punitivo a los casos contemplados por el Derecho Comparado.

Esto es palmario en lo concerniente al acoso psicológico<sup>59</sup>, tantas veces plasmado (simplemente y tan “sólo”) en acechar, rondar, vigilar, hacer saber que se “está ahí”<sup>60</sup>.

---

58. De todos modos, la sentencia consideró que el imputado presentaba una enfermedad de tipo esquizoide, y que estaba bajo los efectos de un delirio de esa índole al tiempo de suceder los hechos enjuiciados, de tal manera que sus facultades cognitivas quedaban completamente anuladas. Y al tratarse de una conducta constitutiva de falta entendió que no era posible aplicar ninguna de las medidas de seguridad prevenidas en el artículo 101 del Código Penal en relación con sus artículos 96 o 105, por lo que mantuvo mantenido el pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia apelada.

59. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 217 ss.

60. Vid. V. GARRIDO GENOVÉS, *Amores*, cit. pp. 19 s.

Por sus propias características, el acoso psicológico difícilmente puede llegar a cumplir las exigencias típicas de los delitos de amenazas, incluso si, por lo que se refiere al temor, bastare la aptitud de la conducta para causarlo y no se precisara, por tanto, su producción efectiva. Prescindiendo de otras cuestiones, salvo que las amenazas se profieran de manera explícita, faltaría por lo común el soporte para entender que se ha dado un anuncio, aunque sea velado, del mal que, según la jurisprudencia, ha de ser un mal injusto, determinado, serio, real, posible y dependiente de la voluntad del sujeto activo. Es, en efecto, la propia conducta del acosador lo que constituye para la víctima el comportamiento amenazante y ello incluso si la producción de temor no es lo perseguido por el acosador, que sólo busca un contacto o relación, pero eso sí, de modo agobiante y contrario a la libertad vital del sujeto pasivo. Tampoco el delito de coacciones parece una vía apropiada, incluso habida cuenta de la volatilización del término típico “violencia”, si precisa igualmente de la concurrencia de un “elemento subjetivo del injusto integrado por la tendencia de atentar contra la libertad de actuación ajena”<sup>61</sup>. En cuanto a las vejaciones injustas del art. 620, ya utilizado por la jurisprudencia para los supuestos de llamadas telefónicas repetidas y molestas, hasta en horas intempestivas, su necesaria aptitud para generar sentimientos de envilecimiento o humillación constituiría sin duda un freno para encauzar a través de ellas el acoso psicológico, todo ello al margen del “riesgo de banalización”<sup>62</sup> que supone la reconducción del acoso al ámbito de las infracciones leves.

Quedarían, por tanto, el delito de maltrato doméstico (art. 173.2) y, más ampliamente, la figura básica de atentado contra la integridad moral del art. 173.1.

Ciertamente, y dejando al margen el hecho de su inserción entre los delitos contra la integridad moral, la figura de maltrato doméstico integra como modalidad comisiva la violencia psíquica que, interpretada en un sentido amplio (lo que resulta cuanto menos dudoso)<sup>63</sup>, podría quedar satisfecha con la producción de temor, intranquilidad o ansiedad. En todo caso, su ámbito de aplicación –inicialmente el familiar, aun cuando a través de las diferentes reformas se haya ido extendiendo<sup>64</sup>–, continúa delimitado principalmente por las relaciones entre autor-víctima, quedando en general restringido al marco de lo que puede considerarse doméstico.

En cuanto a los atentados contra la integridad moral, es ésta la sede en la que, a juicio de una importante doctrina<sup>65</sup>, debían tratarse los supuestos de acoso moral (en par-

61. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit. pp. 239.

62. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ibidem*, p. 247.

63. M.J. BENÍTEZ JIMÉNEZ, “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, 2008, pp. 179 ss. Ver también, M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 200, pp. 81 ss; V. MAYORDOMO RODRIGO, *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Bilbao, 2003, pp. 88 ss.

64. J.L. DE LA CUESTA, “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en J.M. TAMARIT SUMALLA (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia, 2005, pp. 197 ss.

65. Por todos, L. LAFONT NICUESA, *El delito de acoso moral en el trabajo*, Valencia, 2008, pp. 109 ss; A.I. PÉREZ MACHÍO, *Mobbing*, cit. pp. 142 ss. Ver, sin embargo, S. MIR PUIG, “El acoso moral

...

ticular, el *mobbing* y el *bullying*), con anterioridad a la reforma de 2010. Y ciertamente podría parecer el lugar adecuado a la vista de los rasgos definitorios de aquel comportamiento y de las características del bien jurídico protegido. Ahora bien, lo riguroso de la exigencia típica del delito de grave menoscabo de la integridad moral (art. 173.1), para la que no basta un mero trato degradante ni un simple menoscabo de aquella integridad (el menoscabo ha de ser en todo caso “grave”)<sup>66</sup>, ha llevado a la reforma de 2010 a optar por la tipificación expresa en ese mismo artículo de dos de las tres nuevas modalidades de acoso punible: el acoso laboral y el acoso inmobiliario (que también se regula en el art. 172.1 para los casos en que el instrumento son las coacciones).

Las dificultades de incardinación en el art. 173.1 de todos los supuestos de acoso moral apunta inmediatamente a la imposibilidad de encauzamiento por esa vía de la mayor parte de los ejemplos de acoso psicológico. No así el hecho de que la integridad moral sea el bien jurídico protegido<sup>67</sup>, pues, como ya se ha indicado más arriba, si desde la perspectiva del sujeto activo la conducta puede ser ajena a toda dominación o sometimiento, desde el prisma victimológico tampoco cabe excluir en el acoso psicológico que la víctima se sienta (aunque no sea de manera grave) de algún modo envilecida, al tener que soportar contra su voluntad y de manera reiterada un comportamiento tan intrusivo.

## 5.5. Propuestas

Constatada la insuficiencia de los tipos penales existentes para dar cauce a la incriminación de todos los supuestos de acoso, atendidas sus características y fenomenología y siguiendo los ejemplos del Derecho Comparado, parece razonable proponer su adecuada regulación penal. Y es que nos encontramos ante comportamientos intolerables y en modo alguno leves, los cuales, por su propia naturaleza, requieren de una intervención temprana y de una acción preventiva. Sin perjuicio de la afectación de otros bienes jurídicos, atacan directa y en primer término la libertad y seguridad de las personas mediante actos que, aisladamente considerados, pueden no alcanzar relevancia penal, pero que, contemplados globalmente y en su contexto determinado, afectan al desarrollo vital de la persona acosada, pudiendo generar desasosiego, temor o miedo y, en esa situación de incertidumbre en la que no se sabe qué es lo siguiente que va a suceder, llegar hasta a alterar la salud mental. A las víctimas les desasosiega, en efecto, pensar que esa intromisión en su vida no terminará nunca y que acabe resultando en algún tipo de daño físico: temen que se haga daño o se secuestre a sus hijos o que se cause algún mal a sus allegados; con frecuencia sienten además miedo por su propia vida<sup>68</sup>; y lamentablemente, no es esto algo fácilmente calificable de infundado, pues

---

...  
 en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el Derecho penal”, en S. MIR PUIG (Dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 188 ss; O. MORALES GARCÍA, “Sobre la relevancia jurídico penal del *mobbing*”, *ibidem*, pp. 76 ss.

66. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 82 s.

67. Sin embargo, C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, *cit.* pp. 265 ss.

68. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking*, *cit.*, p. 7.

como ponen de manifiesto las investigaciones criminológicas y victimológicas no es tan raro que todo acabe en ataques físicos<sup>69</sup> e, incluso, en la muerte de la víctima<sup>70</sup>.

### A) Tipificación penal

Tomando obviamente como referencia el bien jurídico más directamente afectado, a la hora de la tipificación penal del acoso, conviene aprender de los ejemplos del Derecho Comparado. Estos parten de la descripción típica de la línea de conducta acosadora o persecutoria, bien por medio de fórmulas generales o, como resulta más deseable, a través de la tipificación más o menos pormenorizada del conjunto de actos que potencialmente la integran; destacan entre éstos los intentos de aproximación o comunicación, directamente o por otros, el merodeo, acecho o vigilancia y, en general, otras formas de comportamientos similares.

Ahora bien, el tipo objetivo no suele quedar plenamente realizado con la mera constatación de los actos anteriores, los cuales, para permitir una “valoración conjunta del patrón conductual”<sup>71</sup>, generalmente habrán de presentarse combinados o repetidos en un determinado lapso de tiempo. Para resultar punibles, la intromisión ilegítima en que consisten debe, además:

- bien producir un determinado resultado, que las legislaciones más destacadas describen como
  - \* afectar directamente a su tranquilidad, o
  - \* perjudicar gravemente su desarrollo vital
- bien, en otros ejemplos, ser idóneos para provocar en cualquier persona razonable ansiedad, temor, obligarle a cambiar sus hábitos...

Ciertamente la configuración del acoso como un delito de aptitud, combinada con la descripción (en lo posible pormenorizada) de las formas de actuación típica<sup>72</sup>, es una de las alternativas a la hora de la tipificación. No obstante, la propia “insidiosidad”<sup>73</sup> y el carácter circunstancial de los comportamientos posibles –variados, complejos e impredecibles, y que pueden llevarse a cabo de múltiples formas<sup>74</sup>– hacen difícil el establecimiento de un listado cerrado de los mismos. Y la falta de un listado cerrado, unida a la mera exigencia de idoneidad lesiva (que no requiere por tanto la prueba de un efectivo resultado), ensancharían mucho el marco de intervención penal permitiendo

---

69. El ataque físico se produce finalmente entre el 25% y el 35% de los supuestos de acoso. Vid. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, cit. pp. 14.

70. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *ibidem*, p. 6.

71. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit., p. 291.

72. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ibidem*, pp. 301 s.

73. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ibidem*, pp. 302.

74. U.S. Department of Justice. Office of Community oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, cit., p. 13.

amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial<sup>75</sup>. Por ello parece más oportuno proponer otra línea tipificadora en la que el tipo objetivo quede integrado por un doble presupuesto:

- la *conducta acosadora u hostigadora*, caracterizada nuclearmente por la intromisión en la vida de otro, incorporando, a título ilustrativo, una referencia a las principales modalidades comisivas (como los intentos de aproximación o comunicación, directamente o por otros, el merodeo, acecho o vigilancia) que puede cerrarse con la alusión a otras formas de comportamiento de entidad semejante; y
- la presencia de un *resultado*, consistente en la afectación directa y grave de la tranquilidad de la víctima o en el grave perjuicio a su desarrollo vital (algo que será particularmente evidente en caso de prueba de desasosiego grave, temor o miedo). Este debería ser, en efecto, en un Derecho penal respetuoso del principio de subsidiaridad y sabedor de su carácter fragmentario a la hora de la protección de los bienes jurídicos, el estadio a partir del cual instrumentar la responsabilidad penal, remitiendo los comportamientos que no alcancen este resultado a su tratamiento por la vía de las órdenes (en principio, civiles) de protección y de cesación.

En el tipo subjetivo, sería siempre exigible la concurrencia de, al menos, dolo eventual. De otra parte, el hecho de que las formas de comisión no pocas veces supondrán la realización de hechos individualmente punibles, aconsejaría además abrir el paso a la aplicación de las penas que puedan corresponder a los hechos delictivos particulares en que se hubiere concretado la conducta de acoso.

En cuanto a la ubicación sistemática, el marco natural de una figura como la del acoso psicológico –caracterizada por la agresión a la libertad de obrar– no es el de los delitos contra la integridad moral, sino los delitos contra la libertad y seguridad. Ahora bien, dada la necesaria reformulación que para el bien jurídico integridad moral deriva ya, en el Derecho penal español, de la acogida (en el Título VII) del delito de maltrato doméstico y del acoso laboral e inmobiliario, la sede de los delitos contra la integridad moral tampoco ha de tenerse por plenamente rechazable; máxime cuando, como se ha dicho, desde la perspectiva victimológica, el peligro de acabar afectando a la integridad moral no puede quedar en modo alguno excluido cuando la víctima, verdadera “rehén”<sup>76</sup> del acosador, tiene que soportar largo tiempo un comportamiento intrusivo, el del acosador, que no sólo rechaza sino que probablemente hasta le repugna.

Tanto su ubicación entre los delitos contra la libertad como, de preverse así, entre los contrarios a la integridad moral permitirían, en todo caso, la aplicación como penas accesorias (art. 57.1 CP) de las prohibiciones de aproximación y comunicación contenidas en el art. 48 CP; además, de ser la víctima alguna de las personas enumeradas en el art. 57.2, su imposición dejaría de ser facultativa para convertirse en obligatoria.

---

75. M.E. CORIGLIANO, “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática”, en *Derecho Penal Online* (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea). Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho> (artículo incorporado el 2006/04/08).

76. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking*, cit., p. 108.

Convendría también, en este sentido, prever una agravación para el caso de que el autor del delito fuera una persona unida a la víctima por una relación de parentesco o fuera o hubiera sido su pareja, y/o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable (abarcaría así a menores, mujeres embarazadas, personas deficientes, enfermas o con algún tipo de minusvalía).

## **B) La imprescindible vía civil**

La adecuada incriminación penal de los comportamientos acosadores graves en modo alguno excluye la necesidad de adecuada instrumentación paralela de un amplio sistema de intervención civil que asegure la protección de las víctimas de acoso<sup>77</sup>, al igual que existen en otros lugares. Ciertamente, el mayor despliegue se ha realizado en el plano de la violencia doméstica, pues es sabido que uno de los motivos que propicia o precipita el acecho, acoso u hostigamiento de una persona hacia otra es la ruptura de una relación sentimental<sup>78</sup>. También ha sucedido lo mismo en España donde, antes de la presentación de la demanda por el cónyuge que pretende la separación (arts. 103 y 104 CC)<sup>79</sup>, se pueden solicitar medidas provisionales previas urgentes (art. 771 LEC), que puede acordar el Tribunal, sin ningún trámite, en la misma resolución en la que se cita a las partes a una comparecencia para acordar la adopción de medidas previas a la demanda. Pero lo cierto es que presentan graves limitaciones para ser verdaderamente útiles para las víctimas: no pueden utilizarlas parejas no casadas, ni otros miembros de la unidad familiar o de convivencia, únicamente “el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio”<sup>80</sup>. Además, no poseen el grado de inmediatez que las situaciones no pocas veces requieren; incluso, el hecho de que el resultado haya de ser la separación física del agresor, lo que no siempre es lo que la víctima desea, puede también disuadir a ésta de buscar esa protección.

Las carencias apuntadas explican por qué se propone la introducción de nuevos instrumentos que, en el orden civil, concedan a los Tribunales la facultad de adoptar de manera rápida, y mediante un procedimiento adecuado a este tipo de situaciones,

---

77. Para Villacampa Estiarte, el establecimiento de “algún tipo de condición de procedibilidad, como la presentación de denuncia por parte de la víctima”, abriría una vía alternativa a la penal y permitiría evitar “el punitivismo como única solución”, *ibidem*, p. 303.

78. Así, según un informe publicado en 2009 por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la victimización en aquel país, el riesgo de acoso es superior en personas separadas o divorciadas, a razón de 34 por cada 1.000 personas y, de entre ellas, las mujeres son las que están en situación de mayor riesgo. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking*, cit., p. 1.

79. El Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, adoptará las medidas siguientes: determinar con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia pueda comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía; determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y los bienes que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge; fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, dando tal consideración al trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad; señalar los bienes gananciales o comunes que se hayan de entregar a uno u otro cónyuge; determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de los bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

80. Vid. J. RIBOT IGUALADA, “Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el Derecho Civil?”, *La Ley*, nº 5395, 2001, p. 3.

medidas de protección inmediata de las víctimas de violencia doméstica y que recaigan sobre el agresor<sup>81</sup>. En este orden de cosas, procede la introducción y extensión de las llamadas “órdenes de protección”, ampliamente desarrolladas por la legislación estatal en los EEUU, donde se conocen como *civil protection orders* o *temporary restraining orders*, y presentes (con características semejantes) en las legislaciones de los 50 Estados y del Distrito de Columbia<sup>82</sup>. Susceptibles de ser adoptadas por el juez civil ante conductas calificables como abusos familiares (desde golpes, amenazas, acoso u hostigamiento, hasta la causación de un estrés emocional) y a través de un procedimiento informal –no accesorio a un procedimiento civil o penal, sino de carácter autónomo o principal, que puede proponer la parte afectada sin necesidad de defensa–, su contenido puede comprender, junto a la imprescindible orden de cesar en la conducta violenta, el alejamiento del autor de los abusos del domicilio familiar, la prohibición de contacto con la víctima y con otros miembros de la familia, la suspensión de la patria potestad, así como órdenes de carácter patrimonial. Pueden incorporar, además, contenidos positivos dirigidos a la recuperación del familiar violento, especialmente apropiados para los dependientes del consumo de alcohol o de drogas<sup>83</sup>. Su carácter es esencialmente preventivo de futuros (pero previsibles) episodios de violencia doméstica, o de un potencial agravamiento de la violencia hasta entonces sufrida por la víctima<sup>84</sup>.

En el Derecho español, la introducción de una acción autónoma dirigida a obtener una orden de protección podría contribuir a superar algunas de las actuales disfunciones en esta materia (y no sólo respecto de la violencia doméstica, que cuenta ya con una orden de protección específica). Las órdenes de protección serían un posible remedio jurídico frente a conductas (como las amenazas o empujones o golpes sin lesión) que –aunque penalmente sancionables– son tan difíciles de probar que probablemente no conducirán nunca a la incriminación del agresor o a su detención; también pueden servir para reaccionar ante episodios de violencia que no constituyan ilícitos penales (por ejemplo, intimidaciones o acosos no graves).

Desde el punto de vista material o sustantivo, la pretensión puede encontrar su fundamento en la norma general que prohíbe causar daño a otro y que justifica no sólo la imposición –bajo ciertas condiciones– de la obligación de reparar el daño cuando éste ya se ha producido (art. 1902 CC), sino también la posibilidad de aplicar al causante en potencia del mismo restricciones o limitaciones para evitar la producción de un perjuicio previsible. Se trataría, por tanto, de un procedimiento especial a través del cual canalizar una pretensión dirigida a obtener la cesación y la abstención en el futuro de una conducta de una persona concreta y determinada que pone en peligro intereses como la vida, la integridad física y psíquica o la libertad de otra, la cual solicita por ello las medidas oportunas. De los arts. 590 y 1908 CC se deduce una tutela negatoria que se ha aplicado ya a las inmisiones provenientes de actividades molestas<sup>85</sup>.

---

81. J. RIBOT IGUALADA, *ibidem*, p. 3.

82. A. AZAGRA MALO, E. FARNÓS AMORÓS, “La violencia doméstica”, *cit.* pp. 8-10.

83. V. MAYORDOMO RODRIGO, *Violencia, cit.*, p. 141.

84. Vid. J. RIBOT Igualada, “Prevención”, *cit.*, p. 4.

85. J. RIBOT IGUALADA, “Prevención”, *cit.*, p. 4.



En cuanto al modelo de la “Orden de protección” contra las víctimas de la violencia doméstica, introducida por la Ley 27/2003, de 31 de julio, a pesar de su gran interés e importancia, debería reformarse para resultar plenamente adecuado en este campo.

La orden unificó los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A partir de entonces, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, la víctima puede obtener un estatuto integral de protección: esto es, una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

La orden de protección supone, a su vez, que las distintas Administraciones pública, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos<sup>86</sup>. Para ello, deben existir indicios fundados de haberse perpetrado un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, dentro del ámbito de la llamada violencia doméstica y concurrir una situación objetiva de riesgo para la víctima (art. 2.1 Ley 27/2003).

Ahora bien, por su propio marco de aplicación quedan fuera del ámbito de protección aquellos sujetos que no presenten los vínculos que el art. 173.2 CP requiere (entre las cuales se encuentran, en todo caso, las personas que, por su especial vulnerabilidad, están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados)<sup>87</sup>; pero, obviamente, fuera de ese ámbito siguen siendo muchas las situaciones en las que se da la conducta de acoso.

De otra parte, la orden de protección de 2003 presenta insuficiencias debido a su indisolubilidad con el concreto proceso penal. Esto lleva a que no pueda solicitarse la orden y, en consecuencia, las medidas derivadas de ella, incluidas las civiles, en situaciones en las que no se incurre en los tipos penales específicamente indicados, aun cuando no presenten duda alguna las agresiones, por ejemplo, a los enseres, vivienda o propiedades de la víctima. Tampoco será válida cuando se trate de comportamientos de acecho, seguimiento, persecución obsesiva no constitutivos de delito, aunque se hayan llevado a cabo en el ámbito de una relación familiar o afectiva.

Con todo, depurado de estos elementos, el modelo de la orden de protección de 2003 constituiría una buena base de partida para el establecimiento de una orden de protección para las víctimas de todo tipo de acoso, cuya infracción –al igual que sucede si ésta se deriva del ejercicio por parte de la víctima de una acción negatoria destinada a hacer cesar la perturbación e impedir futuras agresiones<sup>88</sup>– podría llegar a generar responsabilidad penal en caso de desobediencia.

---

86. V. MAYORDOMO RODRIGO, *Violencia*, cit. pp. 38 s.

87. M.P. GARCÍA RUBIO, “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección”, *Diario La Ley*, nº 6041, 2004, pp. 2 s.

88. M.P. GARCÍA RUBIO, *ibidem*, pp. 2 s.

# LA TORTURA EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITERRORISTA: UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA MULTIFACTORIAL<sup>1</sup>

Benito MORENTIN

*Médico Forense  
Instituto Vasco de Medicina Legal  
Diplomado en Criminología*

Jon-M. LANDA

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco UPV-EHU  
Ex Director de Derechos Humanos  
Gobierno Vasco*

**Resumen:** El objeto principal de este trabajo es aportar un instrumento complementario de información que pueda facilitar una mayor objetivación de cuál es la situación real de la tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista a detenidos incomunicados por su vinculación con la banda terrorista ETA. Se recogen en concreto los datos de alegaciones de malos tratos / tortura desde el año 2000 al 2008 sobre una muestra en la que se ha identificado a 957 detenidos (sobre un total de 1.231) en régimen de incomunicación y se ha volcado la información de casi 300 denuncias judiciales y testimonios y más de 500 informes médico-forenses. El estudio describe principalmente la existencia y porcentajes de alegaciones de malos tratos / tortura y un análisis de su incidencia en función de variables como el cuerpo policial, situación procesal, sexo, edad del detenido, año, lugar y motivo de la detención. A lo largo del trabajo se incorpora también el contraste de los datos con los hallazgos de los informes de control de organismos oficiales y no oficiales de derechos humanos y con algunos estudios empíricos nacionales.

**Laburpena:** Lan honen helburu nagusia zera da: informazio-tresna osagarri bat eskaintzea, tortura-egoera zein den modu objektiboagoan argitze aldera, ustezko ETAkide atxilotu eta inkomunitatuei terrorismoaren aurkako legeria aplikatzerakoan. 2000 eta 2008 arteko aldian izan ziren 1.231 atxilotuetatik 957 atxilotuen torturari zein tratu txarrei buruzko alegazioen datuak jasotzen dira. Horretarako inkomunikatuen 300 salaketa eta lekukotza baino gehiagoren informazioa hustu da, baita 500 txosten mediku-forenseena ere. Ikerketan tratu txarren eta torturaren existentzia eta alegazioen ehunenekoak deskribatzen dira, baita tortura gertatzeko indikadoreak faktore batzuen arabera: alegia, gorputz polizialaren, egoera prozesalaren, sexuaren, adinaren, urtearen, lekuaren eta atxiloketa egiteko motiboaren arabera. Lanean zehar emaitzak alderatzen dira giza

---

1. El presente trabajo se inscribe en el marco de los **Proyectos de investigación** financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (**DER 2009-08167 subprogama JURI**), "Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal", Investigador Principal Jon-M. Landa; y por el Gobierno Vasco (**GV IT 540-10**), "Individualización de las respuestas penales. Derecho comparado y armonización europea en sistema de sanciones", Investigador Principal Jon-M. Landa.

eskubideetako erakunde ofizial zein ez-ofizialen kontrol-txostenen emaitzekin baita Estatu mailan izan diren ikerketa enpiriko batzuekin ere.

**Résumé :** L'objet principal de cette contribution est d'offrir un instrument complémentaire d'information en vue d'obtenir une image plus objective de la situation réelle de la torture concernant les personnes en garde à vue en régime d'incommunication en raison de leur relation avec la bande terroriste ETA. En particulier, on a recueilli les données concernant les allégations de mauvais traitements/torture entre 2000 et 2008 partant d'un échantillon de 957 détenus (sur un total de 1.231) en régime d'incommunication. Presque 300 témoignages et dénonciations judiciaires et plus de 500 rapports des médecins-légistes ont été aussi étudiés. L'article décrit l'existence et pourcentages d'allégations de mauvais traitements/torture et une analyse de leur incidence en fonction de variables telles que le corps policière, situation procédurale, sexe, âge du détenu, an, lieu et raison de la garde à vue. Les données sont également mises en perspective et en confrontation avec les résultats des rapports de contrôle provenant de différentes organisations officielles et non-officielles de droits humains et avec autres études empiriques nationaux disponibles.

**Summary:** The main goal of this contribution is to make available critical information that could be useful in order to obtain a more accurate picture of the real situation of torture dealing with incommunicado detainees in relationship with ETA terrorist group under the enforcement of counterterrorist legislation. In particular data have been recorded for the period of time between 2000 and 2008, taking into consideration 957 (amongst the total figures of 1.231) detainees' allegations of torture / inhuman treatment. Up to 300 testimonies and judicial complains and more than 500 forensic reports have been gathered. This article describes the existence of allegations of torture / inhuman treatment and its behaviour depending on different variable of the detainees such as sex, age, judicial situation, type of police that hold detainees in custody, place, year and motive of the arrest. Throughout this contribution those data are put in perspective with findings both of reports from different International Human Rights monitoring bodies and of empirical research available in the matter.

**Palabras clave:** tortura, ETA, terrorismo, Medicina legal, Derechos Humanos.

**Gako-hitzak:** tortura, ETA, terrorismoa, legezko Medikuntza, Giza Eskubideak.

**Mots clef :** tortue, ETA, terrorisme, Médecine légiste, Droits Humains.

**Key words:** torture, ETA, terrorism, forensic Medicine, Human Rights.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han hecho públicos, desde ámbitos muy diferentes, importantes aportaciones sobre el fenómeno de la tortura en relación a la detención incomunicada que cuestionan –cada vez con más evidencias– la postura oficial de las autoridades españolas, según la cual todas las denuncias son falsas y se formulan sistemáticamente en el marco de la estrategia diseñada por ETA. Estas aportaciones provienen fundamentalmente, por un lado, de los informes de organismos oficiales y no oficiales de monitoreo de los derechos humanos; y, por otro lado, de algunas sentencias muy significativas –y recientes– de los altos Tribunales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

La tortura en España ha sido objeto de observación y escrutinio regular y sistemático por organismos oficiales especializados de control de los derechos humanos como el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT)<sup>2</sup>, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>3</sup>, el Comité contra la Tortura de

2. El CPT ha visitado España en once ocasiones. Los documentos se encuentran disponibles en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/.htm>.

3. Álvaro Gil-Robles redactó un informe tras su visita a España en marzo de 2005 (CommDH[2005]8) coincidente con los hechos hallados por el CPT. En el mismo recomendaba entre otros aspectos “revisar el régimen actual de la incomunicación”.

Naciones Unidas (CAT)<sup>4</sup>, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de 1966<sup>5</sup> y, por último, los relatores especiales en materia de tortura<sup>6</sup> y sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo<sup>7</sup>.

Estos órganos llevan ya mucho tiempo expresando su preocupación por los casos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, por la impunidad efectiva de los responsables, por la persistencia de las deficiencias en relación a las garantías de los detenidos y por la demora y la falta de investigación de estos hechos por parte de los tribunales ordinarios competentes. Así mismo, se han mostrado en contra del régimen de incomunicación por su potencial facilitador de los malos tratos y la tortura.

Por citar el último pronunciamiento, el pasado 25 de marzo de 2011, el CPT publicó el informe de su visita a España en 2007, donde vuelve a mostrar, de forma muy crítica, su preocupación por las alegaciones de severo maltrato –y por las evidencias médicas de los mismos– que recogieron de los detenidos incomunicados. En el informe vuelve a insistir en sus recomendaciones –hasta ahora desoídas por el Gobierno de España– para prevenir la tortura<sup>8</sup>.

---

4. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en su informe CAT/C/XXIX/Misc. 3 de 19 de noviembre de 2002 ya afirmaba que: “El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días” y “considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos”. Más recientemente en su informe CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, en el que el Comité contra la Tortura examinó el quinto informe periódico de España, se reclama un fortalecimiento de las garantías tanto de asistencia letrada como médica y la abolición del régimen de incomunicación.

5. En su informe CCPR/C/ESP/CO/5/ (octubre de 2008) se afirma que “el Comité observa con preocupación que continúan denunciándose casos de tortura y que el Estado parte no parece haber elaborado una estrategia global, ni haber tomado medidas suficientes para asegurar la erradicación definitiva”. El Comité entiende que el régimen de incomunicación puede propiciar los malos tratos y lamenta que se mantenga, a pesar de las recomendaciones de diversos órganos y expertos internacionales para que se suprima.

6. En el informe E/CN.4/2004/56/Add. 2 de 6 de febrero de 2004, presentado por el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, tras su visita a España se concluye que la presencia de malos tratos es una práctica más que esporádica e incidental y que el sistema de detención permite casos de tortura o malos tratos, en particular de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas. Así mismo, considera que la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante o incluso de tortura por lo que insiste en que el régimen de incomunicación debería ser abolido.

7. Martin Scheinin tras su visita en mayo del 2008 presentó su informe A/HRC/10/3/Add. 2 en el que “expresa su preocupación por las alegaciones de tortura y otros malos tratos hechas por sospechosos de terrorismo mantenidos en régimen de incomunicación”. El experto recuerda al gobierno que tiene “la obligación positiva de realizar una investigación pronta, independiente, imparcial y completa cuando haya motivos razonables para creer que se han infligido tratos prohibidos, así como de velar por que las víctimas de la tortura y los malos tratos tengan acceso a un recurso efectivo y reciban una reparación adecuada, incluso una indemnización”.

8. European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 September to 1 October 2007. CPT/Inf (2011) 11. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/.htm>.

Otros organismos internacionales, no oficiales, del prestigio y solvencia de Amnistía Internacional<sup>9</sup> y Human Rights Watch<sup>10</sup>, han prestado también atención con regularidad a este fenómeno. Por último, desde una perspectiva local, el Defensor del Pueblo del País Vasco (Ararteko) en un informe reciente<sup>11</sup> ha publicado unas recomendaciones para la mejora y refuerzo del sistema de garantías de la detención incomunicada.

Los aspectos críticos señalados por los organismos oficiales y no oficiales de control de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos parecen encontrar refrendo en algunos pronunciamientos recientes de los Tribunales. En los años 2010 y 2011 se han venido acumulando serias llamadas de atención desde las más altas instancias judiciales como la Audiencia Nacional<sup>12</sup>, el Tribunal Supremo<sup>13</sup>, el Tribunal Constitucional<sup>14</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>. Estos pronunciamientos han concluido en supuestos concretos de actuaciones policiales contra ETA

9. Amnistía Internacional Informe 2005: Una nueva y peligrosa agenda. Índice AI: POL 10/006/2005. [http://www.es.amnesty.org/uploads/tx\\_useraitypdb/Mas\\_20alla\\_20del\\_20papel.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Mas_20alla_20del_20papel.pdf).

Amnistía Internacional. La Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos (EUR 41/006/2007); Informe 2007 de Amnistía Internacional. El estado de los derechos humanos en el mundo. <http://report2007.amnesty.org/document/172>. La organización internacional considera que “los informes de tortura y otros malos tratos por agentes encargados de hacer cumplir la ley seguían estando extendidos”. También mostró su preocupación por la ausencia de investigación criminal sobre las denuncias de torturas y otros malos tratos. De forma más reciente en el Informe *La tortura como receta. De las leyes anti-terroristas a la represión de la primavera árabe, Junio 2011* se afirma “España es el único país de la Unión Europea que conserva un régimen de detención con restricciones tan severas de los derechos de las personas detenidas. Además, las denuncias por presuntas torturas difícilmente prosperan debido a que no son adecuadamente investigadas.”

10. HUMAN RIGHTS WATCH, *¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España*, Vol. 17 nº 1(D), 2005, *passim*.

11. Ararteko, Defensor del Pueblo del País Vasco. Estudio sobre el sistema de garantías en el ámbito de de la detención incomunicada y propuestas de mejora. Accesible en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/5\\_2093\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/5_2093_3.pdf).

12. En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 abril de 2010 relativa al denominado <<caso Egunkaria>> se vierte una afirmación inequívoca sobre la ausencia de control “suficiente y eficiente” de la detención incomunicada dejando constancia de la duda sobre las posibles torturas y malos tratos que tuvieron lugar.

13. Sentencia del Tribunal Supremo 483/2011, de 30 de mayo, que revisa en casación un supuesto de colaboración con organización terrorista del año 2009 (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de Julio de 2010). En su Fundamento de Derecho Primero analiza las actuaciones del juez de instrucción y después de subrayar el especial papel de garante de los derechos del detenido que le compete en situación de incomunicación le reprocha literalmente no haber cumplido adecuadamente con su función.

14. El Tribunal Constitucional (STC 63/2010, de 18 de octubre) incide en la misma línea recogiendo la doctrina del órgano judicial de Estrasburgo en otro caso de detención (caso Majareñas) por terrorismo en febrero de 2005. El TC subraya la vigencia del “canon reforzado” que ha de regir en materia de prohibición absoluta de la tortura, reprochando a los órganos judiciales que archivaron la investigación la omisión de la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos.

15. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 3ª) de 28 de septiembre de 2010. Caso Argimiro Isasa contra España. El Tribunal revisa un caso de detención por presunta pertenencia a ETA. Señala el Tribunal que “(...) las jurisdicciones internas rechazaron pruebas que podían haber contribuido al esclarecimiento de los hechos. En conclusión, teniendo en cuenta la ausencia de una investigación profunda y efectiva respecto a las alegaciones defendibles del demandante según las cuales sufrió malos tratos durante la detención, el Tribunal considera que ha habido violación del artículo 3 en su parte procesal.”.

...

la ausencia de control “suficiente y eficiente” de la detención incomunicada, la ausencia de una investigación judicial efectiva de las denuncias, y han dejando constancia de las dudas sobre las posibles torturas y malos tratos que pudieron haberse producido.

## 2. OBJETIVOS

Partiendo de la preocupación que reflejan los pronunciamientos de la jurisprudencia de los altos tribunales españoles y sintetizada la información que emana de los organismos de control de los derechos humanos, el objeto principal de este trabajo es aportar un instrumento complementario que pueda facilitar una mayor objetivación de cuál es la situación real de la tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista a detenidos por su presunta pertenencia a –o colaboración con– ETA. En este sentido, experiencias internacionales previas han demostrado que los estudios sistemáticos de investigación, documentación y evaluación de la tortura son estrategias importantes para conocer la realidad de las violaciones de derechos humanos<sup>16</sup>. El estudio aquí desarrollado va encaminado hacia este objetivo.

El presente trabajo retrospectivo pretende presentar y evaluar los datos de las alegaciones de malos tratos / tortura en detenidos en régimen de incomunicación desde el año 2000 al 2008<sup>17</sup>, así como valorar su distribución en relación a variables demográficas, procesales y criminológicas. En este estudio se efectúa un abordaje estadístico de las diversas fuentes de información con el fin de lograr evidencias contrastadas que nos aproximen a la realidad de la tortura.

Las referencias a los malos tratos / tortura a lo largo del trabajo aluden a su denuncia en sede judicial o extrajudicial. Son, por lo tanto, alegaciones de parte, quedando fuera de los límites de esta contribución poder determinar la existencia o inexistencia de malos tratos / tortura en cada uno de los casos concretos.

Los objetivos específicos son los siguientes:

- Determinar el número y porcentaje de detenidos bajo la legislación antiterrorista que han denunciado torturas.

---

...  
En la misma línea véase también la Sentencia del TEDH (sección 3ª) de 8 de marzo de 2011. Caso Beristain Ukar contra España, que confirma otra violación del artículo 3 del Convenio en su aspecto procesal. Con anterioridad véase el Caso Martínez Sala y otros contra España. Sentencia del TEDH (sección 4ª) de 2 de noviembre de 2004. Sobre la violación procesal y sustantiva véase, por todos, SANTAMARÍA ARINAS, René, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Pamplona, 2009, pp. 57-59.

16. QUIROGA J.; JARANSON J.M. Politically-motivated torture and its survivors. A desk study review of the literature. *Torture* 2005; 15:1-111. Mandel L., Worm L. Documentation of torture victims. Implantation of medico-legal protocols. *Torture* 2007; 17:18-26. Moisaner, P.A., Edston, E. Torture and its sequel – a comparison between victims from six countries. *Forensic Sci Int* 2003; 137:133-40.

17. Véase, en la misma línea, el trabajo *Tortura: una aproximación científica (2000-2008)* encargado por la Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco en Giza Eskubideen Zuzendaritza/Dirección de Derechos Humanos/Human Rights Board, Giza Eskubideen politika Euskadin. La política de Derechos Humanos en Euskadi. The Human Rights policy in the Basque Country, Vitoria-Gasteiz, 2009, p. 142 ss. Accesible también en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AEDIDH2\\_Spain43.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AEDIDH2_Spain43.doc)

- Realizar un análisis epidemiológico de la incidencia de malos tratos / tortura en detenidos incomunicados y su distribución por sexo, edad, lugar de detención, motivo de detención, situación legal tras la detención, año de detención, Juzgado Central de Instrucción que conoció el caso y cuerpo policial que realizó el arresto.
- Analizar la influencia de variables demográficas, procesales y criminológicas que podrían ser de relevancia en la documentación de violaciones de derechos humanos.
- Comparar los hallazgos del presente trabajo con los resultados de informes y estudios previos de detenidos incomunicados.

### 3. MATERIAL Y MÉTODOS

La investigación consta de 3 bloques, complementarios entre si:

- Análisis de la existencia o no de alegaciones de malos tratos / tortura en todos los detenidos incomunicados durante el periodo de estudio.
- Análisis específico de los métodos de malos tratos / tortura descritos en los testimonios / denuncias judiciales.
- Análisis específico de los métodos de malos tratos / tortura descritos en los informes médico forenses.

#### 3.1. Fuentes de estudio

Fueron las siguientes:

- Los periódicos y anuarios principales publicados en el País Vasco. Los datos fueron posteriormente contrastados por otras fuentes.
- Página web del Ministerio de Interior<sup>18</sup>.
- Informes del Relator Especial Contra la Tortura de las Naciones Unidas, Amnistía Internacional, de la ONG *Torturaren Aurkako Taldea* y de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura<sup>19</sup>.

---

18. Página web del Ministerio de Interior. <http://www.mir.es/>

19. Reports of the Special Rapporteur on the question of torture:

E/CN.4/2001/66/Add.1; E/CN.4/2002/76/Add.1; E/CN.4/2003/68/Add.1; E/CN.4/2004/56/Add.1; E/CN.4/2005/62/Add.1; E/CN.4/2006/6/Add.1.

Informes anuales de Amnistía Internacional:

Informe 2008 AI: POL 10/002/2008. <http://thereport.amnesty.org/document/43>

Informe 2006 AI: POL 10/001/2006. [www.web.amnesty.org/report2006/index-es](http://www.web.amnesty.org/report2006/index-es)

Informe 2004: <http://asiapacific.amnesty.org/report2004/index-es>

Informe 2003. Índice AI: POL <http://www.amnesty.org/es/library/info/POL10/006/2003>

Informe 2002. Índice AI: EUR 01/007/2002

Informe 2001. Índice AI: POL 10/001/2001

Informe 2000. Índice AI: POL 10/001/00.

...



- Documentación obrante en el expediente judicial en aquellos casos en que hubo denuncia judicial (proporcionada por abogados que ejercían la acusación particular). El equipo investigador pudo tener acceso al expediente completo y obtener todos los datos de interés (p.ej., denuncia e informes médico forenses).
- Información referente a las causas de la Audiencia Nacional facilitada por los abogados defensores<sup>20</sup>.

### 3.2. Población y ámbito temporal de estudio. Sujetos de estudio

El estudio se proyecta sobre un universo que comprende los residentes en la Comunidad Autónoma Vasca (Euskadi)<sup>21</sup> y Comunidad Foral de Navarra detenidos en régimen de incomunicación con aplicación de la legislación antiterrorista desde enero de 2000 a diciembre de 2008 en España.

### 3.3. Variables analizadas

- Sexo y edad.
- Datos sobre la detención: fecha y hora, provincia, motivo, cuerpo policial, Juzgado Central de Instrucción y duración.
- Datos procesales: situación legal tras la incomunicación y situación procesal actual / final (a fecha de finalización de la recogida de datos del estudio: febrero del 2009).
- Alegaciones de malos tratos / tortura.
- Denuncia judicial por malos tratos / tortura.

### 3.4. Análisis específico de los testimonios / denuncias judiciales de malos tratos / tortura y de los informes médico forenses

Se analizaron los métodos de tortura de acuerdo con la codificación propuesta por el IRCT<sup>22</sup>.

---

...  
Informes de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura. La Tortura en el Estado Español:

2004. <http://www.prevenciontortura.org/InformeCPT.pdf>

2005. <http://www.prevenciontortura.org/informe2005/Informe2005.pdf>

2006. <http://www.prevenciontortura.org/spip/documents/2006-InformeCPT.pdf>

2007, 2008. <http://www.prevenciontortura.org/spip/documents/>

Informes anuales de Torturaren Aurkako Taldea (TAT).

Tortura Euskal Herrian. 2000; 2001; 2002; 2003; 2004; 2005 2006 2007; 2008.

20. No fue posible el acceso a las fuentes primarias de la Audiencia Nacional.

21. Datos del Instituto Nacional de Estadística. Censo de Población del año 2001. <http://www.ine.es/censo/es/listatablas.jsp>. Censo de Población del año 2001.

22. BOJHOLM, S.; FOLDSPANG, A.; JUHLER, M.; KASTRUP, M.; SKYLV, G.; SOMNIER, F., Monitoring the health and rehabilitation of torture survivors. The Rehabilitation and Research Centre for Torture Victims, Copenhagen, 1992.

Durante la detención incomunicada los médicos forenses examinan regularmente (en general, un reconocimiento diario) a los detenidos. Los informes médico forenses fueron obtenidos de las diligencias judiciales de las denuncias de tortura.

### **3.5. Análisis estadístico**

Los resultados se expresaron como media (desviación estándar) de los valores individuales o como porcentajes. El test  $X^2$  con y sin la corrección de Yates, y el test exacto de Fisher fueron utilizados en el estudio estadístico a fin de evaluar la asociación entre variables independientes. También se emplearon para comparar la frecuencia de los métodos de tortura en relación con las variables demográficas, procesales y criminológicas. El periodo de detención fue codificado por trienios: años 2000-02, años 2003-05 y años 2006-08. Las variables cuantitativas se compararon utilizando el test de Student. La prueba de regresión logística múltiple fue utilizada para aquellos supuestos en que se detectaron interacciones significativas entre las variables analizadas (método de backward stepwise).

Todos los análisis se realizaron utilizando el programa SPSS (Paquete Estadístico para Ciencias Sociales). El nivel de significancia se eligió como  $p < 0.05$ . Solo los métodos con una frecuencia superior al 10% se consideraron en el análisis estadístico.

### **3.6. Estudio epidemiológico**

Las tasas de incidencia de alegaciones de tortura fueron calculadas en base a los datos del censo de población de las provincias estudiadas.

## **4. RESULTADOS**

### **4.1. Frecuencia de denuncias judiciales y extrajudiciales de malos tratos / tortura**

**4.1.1.** En el periodo 2000-08 identificamos 957 personas detenidas en régimen de incomunicación. Los datos demográficos y judiciales aparecen en la *Tabla 1*.

**Tabla 1. Datos demográficos, criminológicos y procesales**

	N		N
<b>Sexo</b>		<b>Duración de la incomunicación (en días)</b>	
Varones	760	De 0 a 1	28
Mujeres	197	De 1 a 2	77
<b>Edad (en años)</b>		De 2 a 3	233
Media (desviación estándar)	25 (6)	De 3 a 4	286
<b>Año de detención</b>		De 4 a 5	248
2000-02	483	De 5 a 6	65
2003-05	284	Desconocido	20
2006-08	189	<b>Situación legal tras la incomunicación</b>	
Desconocido	1	Libertad sin cargos (sin pasar a disposición judicial)	62
<b>Provincia de detención</b>		Libertad sin cargos (tras pasar a disposición judicial)	72
Álava	78	Libertad provisional (con fianza u otra medida)	196
Guipúzcoa	394	Prisión comunicada	582
Navarra	133	Prisión incomunicada	38
Vizcaya	271	Desconocido	7
Otras	81	<b>Situación procesal actual / final</b>	
<b>Motivo de la detención</b>		Absuelto	59
Pertenencia en banda armada	166	No fue procesado	186
Colaboración con banda armada	324	Procesado pendiente de resolución	203
Sabotajes (kale borroka)	228	Sobreseimiento provisional	33
Sabotajes + otros	65	Sobreseimiento definitivo	30
Comportamientos sin actividad violenta	157	Condenado	276
<b>Cuerpo policial que realizó el arresto</b>		En curso sin haber sido procesado todavía	98
Guardia Civil	260	Archivo de la causa	23
Policía Nacional	512	Sin datos	49
Ertzaintza	181	<b>Alegaciones de malos tratos / tortura</b>	
Policía Francesa	4	Sí	634
<b>Juzgado Central de Instrucción</b>		No	323
1	107	<b>Denuncia judicial</b>	
2	49	Sí	446
3	122	No	511
4	82		
5	373		
6	115		
Otros Juzgados	41		
Desconocido	68		

**4.1.2.** El número de detenidos que alegó haber sufrido malos tratos / tortura fue 634, de los que 446 interpusieron denuncia judicial. En la tabla se reflejan sólo las variables con diferencias estadísticamente significativas.

**Tabla 2. Porcentaje de detenidos incomunicados que refiere alegaciones de maltrato / tortura**

Porcentaje que refiere alegaciones de maltrato / tortura (% de fila)		Porcentaje que refiere alegaciones de maltrato / tortura (% de fila)	
<b>Provincia de detención</b>		<b>Duración de la incomunicación (en días)</b>	
Álava	50	De 0 a 1	7
Guipúzcoa	61	De 1 a 2	35
Navarra	82	De 2 a 3	57
Vizcaya	69	De 3 a 4	65
<b>Motivo de la detención</b>		De 4 a 5	90
Pertenencia en banda armada	79	De 5 a 6	67
Colaboración con banda armada	77	<b>Situación legal tras la incomunicación</b>	
Sabotajes (kale borroka)	72	Libertad sin cargos (sin pasar a disposición judicial)	35
Sabotajes + otros	88	Libertad sin cargos (tras pasar a disposición judicial)	64
Comportamientos sin actividad violenta	16	Libertad provisional (con fianza u otra medida)	65
<b>Cuerpo policial que realizó el arresto</b>		Prisión comunicada	69
Guardia Civil	85	Prisión incomunicada	92
Policía Nacional	58	<b>Situación procesal actual / final</b>	
Ertzaintza	62	Absuelto	69
<b>Juzgado Central de Instrucción</b>		No fue procesado	55
1	78	Procesado pendiente de resolución	55
2	69	Sobreseimiento provisional	82
3	88	Sobreseimiento definitivo	70
4	83	Condenado	79
5	55	En curso sin haber sido procesado todavía	69
6	77	Archivo de la causa	70

**4.1.3.** Con el fin de valorar si las alegaciones de tortura estaban influidas por una o más variables independientes se efectuó un estudio de regresión logística múltiple controlando las variables independientes (tabla 3). Los tres factores más importantes fueron el motivo de la detención, el cuerpo policial que practicó la detención y la duración de la incomunicación.

**Tabla 3. Regresión logística múltiple analizando si el riesgo de alegaciones de tortura estaba influido por las variables independientes**

Variable	Sig.	Odds ratio	intervalo confianza 95%
<b>Comunidad Autónoma de detención</b>	<b>0.001</b>		
Otras (grupo de referencia)			
Euskadi	n.s.		
Navarra		3,5	1,3 - 9,1
<b>Motivo de la detención</b>	<b>0.000</b>		
Comportamientos sin actividad violenta (grupo de referencia)			
Pertenencia o colaboración con banda armada		41	22,2 - 75,5
Sabotajes (kale borroka)		73,3	37 - 146,5
<b>Cuerpo policial</b>	<b>0.000</b>		
Ertzaintza (grupo de referencia)			
Guardia Civil		10,4	5,2 - 20,5
Policía Nacional		1,9	1,1 - 3,2
<b>Juzgado Central de Instrucción</b>	<b>n.s.</b>		
JCI nº 5 (grupo de referencia)			
Resto de JCI		1	0,9 - 1,1
<b>Duración de la incomunicación</b>	<b>0.000</b>		
Menor de 3 días (grupo de referencia)			
Mayor de 3 días		5,3	3,5 - 8,0
<b>Situación legal tras la incomunicación</b>	<b>n.s.</b>		
Prisión (grupo de referencia)			
Libertad sin cargos		0,4	0,2 - 0,9
Libertad provisional		0,7	0,4 - 1,2
<b>Situación procesal actual / final</b>	<b>0.001</b>		
Pendiente (grupo de referencia)			
No condenado	n.s.		
Condenado		2,5	1,4 - 4,3

**4.1.4. Análisis epidemiológico.** La incidencia de alegaciones de malos tratos / tortura para la población analizada fue de 2,6 casos por 100.000 habitantes por año. La incidencia estimada para varones de entre 20 y 29 años fue de 18 casos por 100.000 habitantes por año.

#### **4.2. Análisis específico de los testimonios / denuncias judiciales de malos tratos / tortura: métodos de tortura alegados**

Se analizaron los métodos de malos tratos / tortura relatados por 288 detenidos incomunicados durante los años 2000-2008. En el 90% de ellos hubo denuncia judicial. La frecuencia de varones fue del 81%. La media de edad fue de 26,2 años (desviación estándar de 6,3 años). Del trienio 2000-02 analizamos 122 casos; del 2003-05,

118; y del 2006-08, 48. Las fuerzas policiales implicadas fueron la Guardia Civil (121 casos), la Policía Nacional (118 casos), la Ertzaintza (45 casos) y otras policías (4 casos).

#### 4.2.1. Relaciones entre las variables independientes

Solo destacar que se observó una distinta distribución de la frecuencia de detenidos por cada cuerpo policial en relación a la fecha de detención ( $p < 0.001$ ) (tabla 4) y que la media de edad fue más alta entre los detenidos por la Guardia Civil (28 años).

**Tabla 4. Frecuencia de detenidos por cuerpo policial en relación al periodo de tiempo**

	2000-02		2003-05		2006-08	
	N	%	N	%	N	%
GC	65	53,3%	31	27,2%	25	52,1%
PN	29	23,8%	66	57,9%	23	47,9%
Ertzaintza	28	23,0%	17	14,9%	0	

#### 4.2.2. Principales métodos de malos tratos / tortura relatados

En la *Tabla 5* aparecen los métodos de tortura con una frecuencia > del 10%. Una descripción detallada puede ser consultada en el Dictamen<sup>23</sup>.

**Tabla 5. Métodos de malos tratos / tortura. Porcentaje los principales métodos relatados por los 288 detenidos incomunicados**

	%		%
<b>Tortura física</b>	<b>97</b>	<b>Amenazas</b>	<b>97</b>
Golpes	85	De tortura o daño físico	74
Posición anómala / forzada	73	Contra otros	67
Plantón	50	De ejecución	37
Exposición a ruido	44	Humillaciones	67
Asfixia con la "bolsa"	36	<b>Técnicas coercitivas</b>	<b>82</b>
Extenuación física	35	Aprendizaje / firmar confesiones falsas	53
Empujones	26	Oír actos de tortura	44
Tirones de pelo	22	Actos incongruentes	25
Golpes contra objetos	20	Simulacro de ejecución	15
<b>Métodos de deprivación</b>	<b>88</b>	Obediencia ciega	14

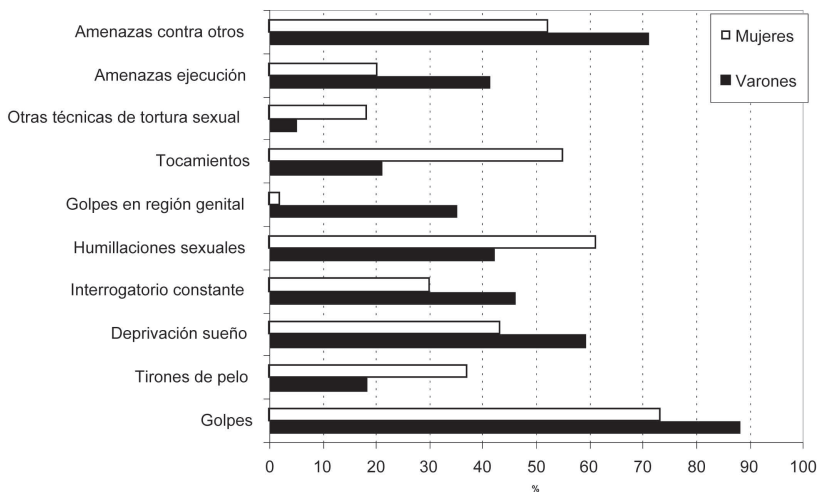
23. *Tortura: una aproximación científica (2000-2008)*, op. cit., p. 142 ss.

	%		%
Visual	57	Otras	21
De sueño	56	<b>Técnicas de comunicación</b>	<b>71</b>
Interrogatorio constante	43	Policía bueno / policía malo	44
<b>Tortura sexual</b>	<b>68</b>	Información falsa	43
Humillaciones sexuales	45		
Desnudez parcial o total	36		
Golpes en región genital	28		
Tocamientos	28		

### 4.2.3. Influencia de las variables independientes demográficas, procesales y criminológicas

#### Género del detenido

**Figura 1. Métodos de malos tratos / tortura que tuvieron significación estadística en relación al sexo**



Las principales diferencias fueron en la tortura sexual<sup>24</sup>.

24. La distribución de la tipología de las humillaciones sexuales varió entre varones y mujeres ( $p < 0.001$ ). Los detenidos varones frecuentemente refirieron humillaciones en relación a su pareja (en ocasiones también detenida). En las mujeres los comentarios humillantes siempre habrían sido contra ellas mismas.



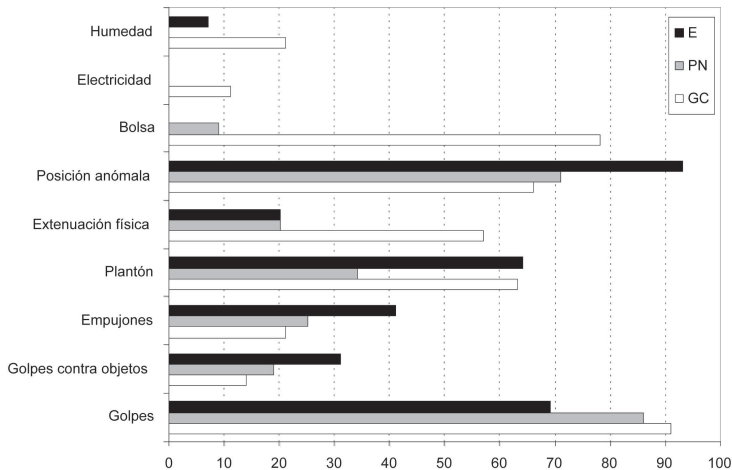
## Edad del detenido

Sólo dos métodos de tortura mostraron diferencias significativas: la asfixia con la bolsa y la desnudez forzada. En ambos casos la media fue discretamente más alta entre los que refirieron malos tratos (27 versus 25 años;  $p < 0,05$ ).

## Cuerpo policial (Figuras 2-4).

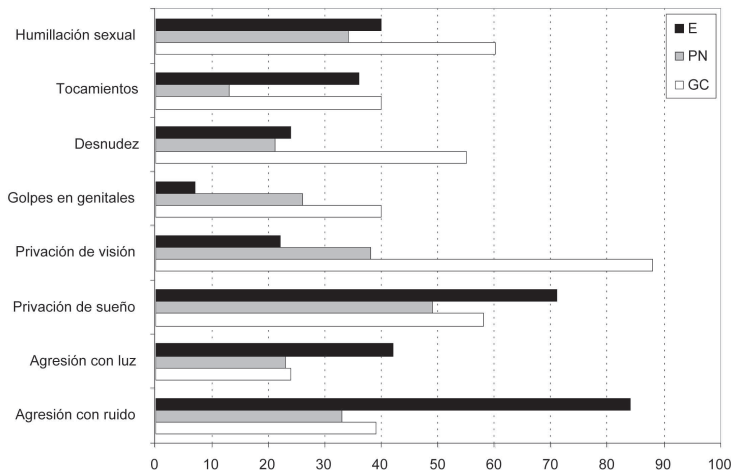
Fue la variable independiente más decisiva. Se observaron diferencias estadísticamente significativas en la distribución de una gran variedad de métodos de tortura, tanto física como de privación, sexual y psicológica (figuras 2-4).

**Figura 2. Métodos de tortura física con diferencias estadísticamente significativas en relación al cuerpo policial<sup>25</sup>**

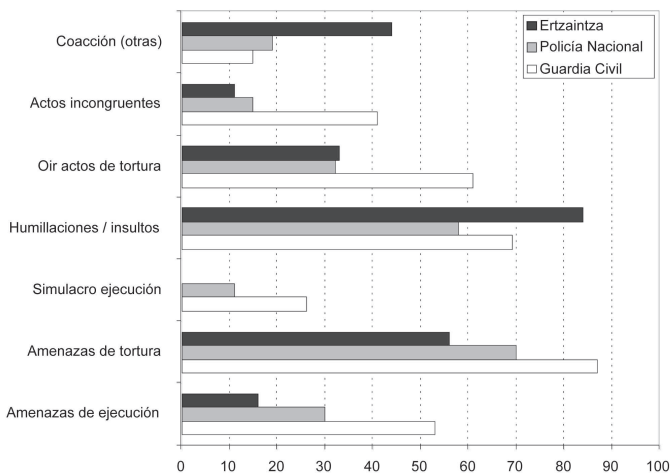


25. • Golpes. Fueron más frecuentemente alegados entre los detenidos por la Guardia Civil y menos entre los detenidos por la Ertzaintza. Además, se observó una diferente distribución del instrumento lesivo y de la región vulnerada. Así, los golpes con la mano fueron más frecuentemente referidos por los detenidos por la Guardia Civil y Policía Nacional; los golpes con listín o similar por los detenidos por la Guardia Civil y los golpes con los pies por los detenidos por la Ertzaintza. El uso del método conocido como "sándwich" fue prácticamente exclusivo de la Guardia Civil.
- Técnicas de agotamiento físico. La Policía Nacional fue el cuerpo policial que menos las habría utilizado. La postura anómala fue alegada por más del 90% de los detenidos por la Ertzaintza. Por el contrario, la Ertzaintza y la Policía Nacional apenas habrían aplicado la obligación de realizar ejercicios físicos forzados ("flexiones" o similares), práctica que fue denunciada por casi el 60% de los detenidos por la Guardia Civil.
- Técnicas de asfixia. Casi el 80% de los detenidos por la Guardia Civil denunciaron haber sufrido la bolsa. Los detenidos por la Ertzaintza nunca lo alegaron.
- Tortura eléctrica. Los 13 casos fueron alegados por detenidos de la Guardia Civil.

**Figura 3. Métodos tortura de privación y sexual con diferencias estadísticamente significativas en relación al cuerpo policial<sup>26</sup>**



**Figura 4. Métodos tortura psicológica con diferencias estadísticamente significativas en relación al cuerpo policial<sup>27</sup>**



- 26. • “Exposición a ruido”. Su frecuencia fue mucho más alta entre los detenidos por la Ertzaintza.
- Métodos de privación. La privación de visión fue muy superior entre los detenidos por la Guardia Civil. La privación de sueño habría sido algo más alta entre los detenidos por la Ertzaintza.
- Tortura sexual. Todos los métodos fueron más frecuentes en el grupo de la Guardia Civil.

27. Las amenazas, el oír actos de tortura, la realización de actos incongruentes fueron superiores en el grupo de la Guardia Civil. Ninguno de los casos de simulacro de ejecución fue reportado por los detenidos por la Ertzaintza. Por el contrario, entre los detenidos por este cuerpo policial el porcentaje de humillaciones / insultos fue significativamente alto.

### ***Año en el que se realizó la detención***

Fue una variable con poco peso estadístico, solo se observaron diferencias significativas en los métodos de extenuación física y de golpes en región genital<sup>28</sup>.

### **4.3. Análisis de los informes médico-forenses**

Se analizaron 507 informes médico forenses pertenecientes a 146 detenidos incommunicados (114 varones y 32 mujeres). La media de informes por detenido fue de 3,5 (rango 1- 8). La media de edad fue de 27 años. El número de detenidos fue de 72 en el trienio 2000-02, de 66 en el 2003-05 y de 8 en el 2006-08. La mayoría de los informes correspondían a detenidos por la Guardia Civil (n = 74), seguidos de Policía Nacional (n = 51) y Ertzaintza (n = 21).

En la siguiente tabla se presentan los datos las alegaciones de malos tratos / tortura recogidas en los informes.

**Tabla 5. Referencias de maltrato / tortura en los informes médico forenses**

Referencias de maltrato / tortura <sup>29</sup>	Número de detenidos	%
Sí	89	61,0%
No	15	10,3%
Inconcluyente	24	16,4%
No + Inconcluyente	18	12,3%

No se observaron diferencias significativas en la frecuencia de alegaciones de malos tratos / tortura en relación al género y edad del detenido, periodo de detención y cuerpo policial.

En la *Tabla 6* se ofrecen los datos en relación a los métodos de tortura descritos en los informes médico forenses.

28. Estudio controlado de regresión logística. El primero de los métodos fue más frecuente en el tercer trienio, mientras que el segundo fue usada cada vez menos frecuentemente.

29. En bastantes informes sólo se negaban la existencia de malos tratos de manera parcial (p. ej. "el detenido no refiere malos tratos físicos", "el detenido no refiere golpes"). Solo en una minoría se especificaba que "el detenido no refiere malos tratos físicos ni psicológicos". En los casos catalogados como inconcluyentes no existía ninguna referencia sobre la posible existencia de alegaciones de tortura, bien porque el detenido no colaboraba, o porque el dato no fue indicado o porque se utilizó una terminología ambigua.

**Tabla 6. Métodos de tortura descritos en los informes médico - forenses**

	Nº de detenidos N = 146		Nº de detenidos N = 146
<b>Tortura física</b>		<b>Tortura física</b>	
<i>Métodos de violencia física</i>	61 <sup>30</sup>	<i>Extenuación física</i> <sup>31</sup>	41
Golpes	52	Posturas anómalas / forzadas	37
Tirones de pelo	8	Ejercicios físicos	10
Electricidad	2	Asfixia	22
Otros	14	“Bolsa” <sup>32</sup>	21
		“Bañera”	1
<b>Tortura psicológica</b> <sup>33</sup>	53	<b>Tortura sexual</b> <sup>34</sup>	19
Amenazas	28	Métodos físicos	14
Otras	40	Métodos psicológicos	5
		Desnudez forzada	5

Entre las variables independientes, el dato más relevante fue que la distribución de varios métodos de tortura difirió en relación al cuerpo policial (*Figura 5*).

30. Los métodos de violencia física aparecen descritos en los informes de 61 detenidos. Predominaron los golpes con la mano y localizados en la cabeza. Las dos personas que refirieron tortura eléctrica fueron detenidos por la Guardia Civil en el 2001.

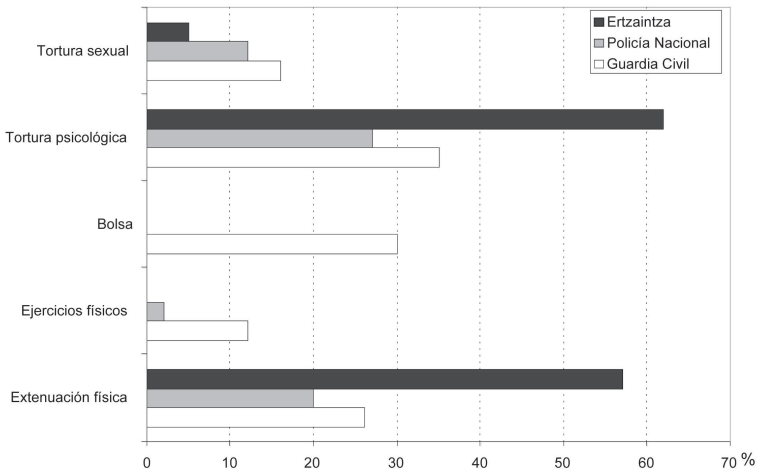
31. La frecuencia de los métodos de extenuación física incrementó ligeramente a lo largo del tiempo. Destacó la asociación entre posturas anómalas / forzadas y Ertzaintza, así como la obligación de realizar ejercicios físicos y Guardia Civil (*figura 5*).

32. La “bolsa” solo fue denunciada por los detenidos por la Guardia Civil.

33. La frecuencia de los métodos de maltrato psicológico podría estar infraestimada. Entre las vulneraciones están amenazas, privación de sueño y de visión, humillaciones, insultos, trato vejatorio, presión psicológica, oír gritos y privación sensorial. La frecuencia fue más alta entre los detenidos por la Ertzaintza (*figura 5*).

34. La tipología de la tortura sexual varió entre ambos sexos: todos los casos de métodos físicos (golpes en genitales y/o presión de los testículos) eran varones. Las alegaciones de maltrato / tortura sexual fue más prevalente entre los detenidos por la Guardia Civil y la Policía Nacional que entre los detenidos por la Ertzaintza (*figura 5*).

**Figura 5. Métodos tortura con diferencias estadísticamente significativas en relación al cuerpo policial**



## 5. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

A pesar de las dificultades encontradas en la recogida de datos (inherentes a trabajos sobre documentación de derechos humanos), el volumen de la muestra analizada es muy grande. Se investigaron los datos sobre la existencia o no de alegaciones de vulneraciones de derechos humanos de 957 detenidos en régimen de incomunicación; así mismo se analizaron casi 300 denuncias judiciales y testimonios de malos tratos / tortura y más de 500 informes médico-forenses.

### 5.1. Principales hallazgos del estudio

**5.1.1.** Los resultados sobre la incidencia y extensión de la práctica de malos tratos / tortura alegados en la población analizada son, cuando menos, preocupantes y deberían ser considerados “en sí mismos” como un auténtico problema por las autoridades competentes. El número de detenidos bajo la legislación antiterrorista en los 9 años analizados que alegaron malos tratos / tortura fue muy elevado: 634. Hasta un 47% de los detenidos incomunicados identificados denunció judicialmente malos tratos / tortura. La incidencia estimada para jóvenes varones sería de 18 casos por 100.0000 personas por año. Las cifras son indicadoras de un problema cuantitativamente serio. Los datos extraídos de los informes médico forenses son también significativos: hasta un 61% de detenidos denunció malos tratos / tortura al médico forense durante la incomunicación. En otro estudio empírico recientemente publicado el porcentaje de detenidos incomunicados que en la declaración judicial alegó vulneraciones de derechos en el Juzgado Central de Instrucción fue similar<sup>35</sup>.

35. DE LA CUESTA, José Luis; MUÑAGORRI, Ignacio (Codir.), Aplicación de la Normativa Antiterrorista, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, Julio 2009,

**5.1.2.** La caracterización de modelos diferenciados de malos tratos / tortura en relación al cuerpo policial es de suma importancia. La Guardia Civil habría usado un patrón más severo cuantitativa y cualitativamente: 1) el riesgo de alegaciones de maltrato / tortura fue hasta 10 veces más alto entre los detenidos por la Guardia Civil que entre los detenidos por la Ertzaintza; 2) la Guardia Civil tuvo el porcentaje más alto de alegaciones de malos tratos / tortura; y 3) la Guardia Civil habría empleado métodos de tortura física más graves (análisis de los métodos de tortura tanto en las denuncias como en los informes forenses). Algunas técnicas (bolsa, electricidad, sándwich, extenuación física) sólo –o prácticamente solo– fueron alegadas por los detenidos por la Guardia Civil y la frecuencia de otras fue significativamente más alta entre los detenidos por esta fuerza policial.

En el otro extremo, los detenidos del grupo de la Ertzaintza denunciaron un patrón de malos tratos físicos menos severo. Algunos de los métodos arriba referenciados nunca fueron denunciados entre sus detenidos. Sin embargo, la Ertzaintza se habría caracterizado hasta el año 2003 por el uso habitual de las posiciones anómalas, la agresión con ruido y las humillaciones. Otro dato relevante es la ausencia de denuncias de tortura contra la Ertzaintza desde el año 2004, si bien el número de detenidos ha sido pequeño.

La existencia de un patrón característico de tortura en una región y en un periodo concreto y por un determinado cuerpo policial ha sido descrita en publicaciones internacionales<sup>36</sup>. Este hecho ha sido considerado relevante para la valoración de la fiabilidad de las denuncias individuales, ya que declaraciones similares por un número significativo de detenidos arrestados por la misma policía pueden ayudar a soportar la credibilidad de las denuncias<sup>37</sup>.

**5.1.3.** Con respecto a la distribución de los métodos de tortura en razón al género del detenido, las principales diferencias fueron encontradas en la tortura sexual: las mujeres habrían sufrido más habitualmente humillaciones, tocamientos y otras

---

...  
p. 402 ss. (Disponible en [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivckej\\_libro\\_online/es\\_libro/normativa.html](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivckej_libro_online/es_libro/normativa.html)).

PÉREZ MACHIO, Ana (Dir.); ORBEGOZO, Izaskun; PEGO, Laura, La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada, Colección de Derechos Humanos "Juan San Martín", Vitoria-Gasteiz, 2009, passim (Disponible en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1\\_1785\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1785_3.pdf)).

ARARTEKO. HERRIAREN DEFENDATZAILEA. DEFENSORIA DEL PUEBLO [DEL PAIS VASCO], Estudio sobre el sistema de garantías en el ámbito de la detención incomunicada y propuestas de mejora, Vitoria-Gasteiz, 2011 (Disponible en [http://www.ararteko.net/s\\_p\\_9\\_final\\_Principal\\_Listado.jsp?seccion=s\\_fnot\\_d4\\_v1. jsp&contenido=6917&tipo=8&nivel=1400&layout=s\\_p\\_9\\_final\\_Principal\\_Listado.jsp&language=es](http://www.ararteko.net/s_p_9_final_Principal_Listado.jsp?seccion=s_fnot_d4_v1. jsp&contenido=6917&tipo=8&nivel=1400&layout=s_p_9_final_Principal_Listado.jsp&language=es)).

36. PAZ, A.B.; PORTILLO, C.; ARESTIVO, C., "Métodos de tortura empleados en Paraguay" en PAZ, A.B.; PORTILLO, C.; ARESTIVO, C. (eds.), Médicos, ética y tortura en Paraguay, Asunción, 1992, pp. 29-33. Véase, también, PETERSEN, Hans Draminsky; WANDALL, Johan Heugh, "Evidence of organized violence among refugees from Indian-held Kashmir" en *Torture* 4 (1994), pp. 90-95.

37. PETERSEN, Hans Draminsky, "The controlled study of torture victims" en *Scandinavian Journal Soc. Med.* 17 (1989), pp. 13-20.

técnicas, mientras que los hombres referían golpes en región genital. La existencia de un patrón diferente de tortura sexual en razón al sexo ha sido observada en estudios previos<sup>38</sup>.

**5.1.4.** La duración de la incomunicación es un factor de riesgo de primer orden (con independencia del resto de variables independientes) para la existencia de malos tratos / tortura y su poder estadístico es muy superior al de otras variables. A partir del tercer día el riesgo de malos tratos / tortura se quintuplica. El siguiente dato es por sí mismo elocuente: la frecuencia de alegaciones de tortura entre los condenados con una detención incomunicada  $\leq$  de 3 días fue del 52% mientras que la frecuencia entre los que son absueltos o no procesados cuando la duración de la incomunicación fue  $>$  de 3 días fue del 70%.

**5.1.5.** Otra de las variables más relevantes fue el motivo de detención. En los detenidos por “comportamientos sin actividad violenta” (extensión del concepto de terrorismo a actividades del denominado entorno político / social) la frecuencia fue baja (16%); y más aún cuando estas detenciones fueron practicadas por la Policía Nacional bajo la instrucción del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (9%). Ello a pesar de que varias personas fueron condenadas como miembros o dirigentes de ETA.

**5.1.6.** Comparado con las décadas precedentes se ha observado un cambio en el tipo de torturas alegadas por los detenidos bajo la legislación antiterrorista. Algunos métodos denunciados en los setenta, como por ejemplo la “falange”, tortura de los dedos o suspensión de una “barra” han dejado de utilizarse; y la frecuencia de otros métodos tales como la “bañera” y la tortura eléctrica han disminuido considerablemente. Por el contrario, las técnicas de agotamiento físico se han incrementado.

**5.1.7.** Otro hallazgo a remarcar es la frecuencia de personas que alegaron malos tratos / tortura y en los que posteriormente no hubo procesamiento o no recayó sentencia condenatoria: el 35% de los detenidos que quedan en libertad sin cargos sin pasar a disposición judicial, el 64% de los detenidos que quedan en libertad sin cargos tras pasar a disposición judicial, el 69% de los que son absueltos, el 55% de los que no fueron procesados y el 70% de los casos en que se archivó la causa alegaron haber sido objeto de malos tratos / tortura.

## **5.2. Concordancia entre las evidencias recogidas por diversas fuentes**

Otro elemento de solidez de la información es la concordancia entre las evidencias recogidas por los órganos de monitoreo de los derechos humanos y los hallazgos de este estudio. Según los informes del Relator Especial para la Tortura de las Naciones

---

38. LUNDE, Inge.; ORTMANN, Jorgen., “Prevalence and sequelae of sexual torture” en *Lancet* 336 (1990), pp. 289-291; MEANA, J. Javier; MORENTIN, Benito; CALLADO, Luis Fernando; IDOYAGA, Miren Itxaso, “Prevalence of sexual torture in political dissidents” en *Lancet* 345 (1995), p. 1307; GOLDFELD, A.E.; MOLLICA, R.F.; PESAVENTO, B.H.; FARAONE, S.V., “The physical and psychological sequelae of torture” en *J. Am. Med. Assoc.*, 259 (1988), pp. 2725-2729; RASMUSSEN, Ole Vedel, “Medical aspects of torture” en *Dan. Med. Bull.* 37(suppl.1) (1990), pp. 1 ss.



Unidas, de Amnistía Internacional y del CPT<sup>39</sup>, los métodos de tortura más frecuentemente denunciados en España son los golpes (con las manos, pies, guías telefónicas), la asfixia con la bolsa de plástico, la obligación de estar de pie durante periodos prolongados, la obligación de hacer ejercicios físicos extenuantes, las vejaciones sexuales, las amenazas, el encapuchamiento y la desnudez forzada. Así mismo, los datos del estudio empírico efectuado por el Instituto Vasco de Criminología (en base a la declaración judicial sobre vulneraciones de derechos alegadas por los detenidos en el Juzgado Central de Instrucción)<sup>40</sup> son consistentes por los ofrecidos en este estudio.

### 5.3. Fiabilidad / credibilidad de los testimonios de denuncias de tortura en detenidos incomunicados

Las principales instituciones internacionales de control de los derechos humanos (CPT<sup>41</sup>, Relator Especial sobre la cuestión de la tortura<sup>42</sup>, Amnistía Internacional<sup>43</sup>) se han pronunciado sobre la fiabilidad de las denuncias de tortura en las visitas que han efectuado a España, existiendo consenso entre las mismas sobre que las alegaciones de tortura no son de naturaleza estereotipada, sino que son coherentes, precisas, creíbles y no pueden considerarse meras fabulaciones. En ocasiones han concluido que existe amplia evidencia, incluida la de naturaleza médica, coherente con las denuncias de maltrato.

Por otro lado, un análisis comparativo de los patrones de malos tratos / tortura descritos en el presente estudio muestra marcada concordancia con las alegaciones de tortura descritas en las recientes resoluciones judiciales anteriormente citadas (*casos Portu y Sarasola, Majarenas, Argimiro Isasa, Beristain y Egunkaria*<sup>44</sup>).

---

39. Véase supra apartado 1.

40. "Análisis criminológico-forense de las alegaciones de vulneración de derechos comunicadas al juez del juzgado central de instrucción (2000-2007)" en DE LA CUESTA, José Luis; MUÑAGORRI, Ignacio (Codir.), op. cit., p. 462 ss.

41. Véase supra apartado 1. Los expertos del CPT consideraron que las alegaciones de tortura no eran de naturaleza estereotipada, sino que eran detalladas y largamente concordantes, con variaciones que las hacían creíbles en vista de las circunstancias personales. En otra de las ocasiones concluyeron que existía amplia evidencia, incluida la de naturaleza médica, coherente con las denuncias de maltrato.

42. Véase supra apartado 1. En análogos términos se expresó el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura en el año 2004: "a la luz de la coherencia interna de la información recibida y de la precisión de los detalles de hecho, el Relator Especial ha llegado a la meditada consideración que esas denuncias de tortura y malos tratos no pueden considerarse meras fabulaciones".

43. Véase supra apartado 1. Amnistía Internacional en el informe anual de 2005 apuntaba que se habían recibido "muchas denuncias relacionados con la práctica de la detención en régimen de incomunicación", considerando que "la precisión de los detalles de hecho facilitados en relación con varias denuncias sugerían que éstas no pueden considerarse meras fabulaciones".

44. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 30 de diciembre de 2010 (caso Portu y Sarasola: revocada, no obstante, por la STS 1136/2011, de 2 de noviembre); Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 abril de 2010 (caso Egunkaria); Sentencia del Tribunal Supremo 483/2011, de 30 de mayo; Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2010, de 18 de octubre (caso Majarenas); y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 3ª) de 28 de septiembre de 2010 (caso Argimiro Isasa) y de 8 de marzo de 2011 (caso Beristain Ukar).

## 5.4. Investigación judicial de las denuncias de tortura

El posicionamiento oficial del Gobierno de España para defender que las denuncias de tortura son falsas se apoya en la falta de casos sentenciados por los tribunales de justicia. Sin embargo la ausencia de condenas puede ser debida a otros factores. Los organismos internacionales de monitoreo y la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>45</sup> han mostrado su profunda preocupación por la inactividad de los tribunales en la investigación y represión de los delitos de tortura. Así mismo, expertos internacionales ponen de manifiesto la desproporcionada dilación de las investigaciones judiciales respecto a denuncias de tortura, la ausencia de una investigación rápida, rigurosa, y exhaustiva de todas las denuncias de posibles torturas y malos tratos y, finalmente, las deficiencias en la investigación médico forense<sup>46</sup>.

En este contexto, es de destacar que, salvo error u omisión, ninguno de los casos de detenidos incomunicados investigados directamente por el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura o por el CPT durante sus visitas<sup>47</sup> y en los que según los expertos existía amplia evidencia, incluida la de naturaleza médica, coherente con las denuncias de maltrato, ha existido condena ni se ha llegado a celebración de juicio oral. Llama poderosamente la atención que la actividad de control de organismos especializados internacionales, como el CPT, acumule un material probatorio fiable en casos concretos, ponga esa información a disposición de las autoridades y, sin embargo, no haya una continuidad posterior a través de una investigación suficiente y eficaz con impulso adecuado de la Fiscalía o, en su caso, medidas adecuadas de reparación<sup>48</sup>.

Ya señalábamos que en el reciente estudio empírico realizado por el Instituto Vasco de Criminología se concluyó sobre la carencia de una investigación exhaustiva de las denuncias por tortura interpuestas por personas detenidas como consecuencia de la aplicación de la legislación antiterrorista<sup>49</sup>. Pero es que a las deficiencias en el

---

45. Véase supra apartado 1.

46. CPT. Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 12 April 1991. CPT/Inf (96) 9. (<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/1996-09-inf-eng-1.htm>).

MORENTIN, Benito; PETERSEN, Hans Draminsky; CALLADO, Luis Fernando; IDOYAGA, Miren Itxaso; MEANA, José Javier, "A follow-up investigation on the quality of medical documents from examinations of Basque incommunicado detainees The role of the medical doctors and national and international authorities in the prevention of ill-treatment and torture" en *Forensic Science International* 182 (2008), pp. 57-65.

Coordinadora para la Prevención de la Tortura, Informe preliminar al Comité Contra la Tortura. Quinto informe periódico, Madrid, Noviembre 2009.

47. Ver referencias supra apartado 1.

48. Pongamos únicamente un caso concreto: el Comité contra la Tortura de la ONU (17 de mayo de 2005) valoró el caso de Kepa Urra Guridi en su Comunicación No. 212/2002. En opinión del organismo las acciones del Estado eran contrarias a sus obligaciones en virtud del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que exige a los Estados partes que adopten medidas efectivas para prevenir actos de tortura.

49. ORBEGOZO, Izaskun; PEGO, Laura, "Denuncias por vulneración de derechos interpuestas por detenidos: un estudio empírico (2000-2007)" en DE LA CUESTA, José Luis; MUÑAGORRI, Ignacio (Codir.), op. cit., p. 462 ss.

impulso de la investigación, se deben añadir las dificultades probatorias derivadas de la existencia de normativa excepcional antiterrorista tendente a disolver las garantías de los detenidos<sup>50</sup> y el refinamiento de las técnicas de interrogatorio y de malos tratos o tortura. En este sentido, hay que recordar que debido a la naturaleza de muchos de los malos tratos frecuentemente alegados, puede resultar difícil o imposible obtener evidencias médicas de su uso. Las técnicas de tortura actuales, que son cada vez más sofisticadas, sólo excepcionalmente dejan huellas corporales que pueden ser relacionadas con la tortura alegada.

## 5.5. Limitaciones

La primera fue la identificación de los detenidos incomunicados durante el periodo de estudio. Ante la imposibilidad de acceder a las fuentes primarias de la Audiencia Nacional, se acudió a los datos del Ministerio de Interior (recogidos asimismo en el “libro Blanco del PSOE”). Según dicha fuente el número de detenidos dentro del capítulo de “Terrorismo ETA. Detenidos ETA” fue de 1231 (913 ETA y 318 kale borroka)<sup>51</sup>. En ausencia de datos oficiales, utilizamos una diversidad de fuentes que permitieron identificar hasta 957 detenidos incomunicados, lo que representa el 78% de la cifra oficial.

De los casos que denunciaron torturas no se pudo realizar un muestreo aleatorio, ya que no se tuvo acceso a las diligencias judiciales de todos ellos. Las dificultades metodológicas inherentes a los estudios sobre violaciones de derechos humanos son particularmente pronunciadas ya que el acceso a la información relevante es muy limitado.

La categorización de los métodos de malos tratos / tortura estuvo basado en el relato espontáneo del detenido. Sin embargo, los expertos en derechos humanos aconsejan este método de documentación, evitando pasar un formulario al ex-detenido o efectuar preguntas dirigidas<sup>52</sup>. Otra de las limitaciones es que no se clasificó la intensidad del maltrato / tortura.

El presente estudio identifica casos posibles / probables de vulneración de derechos que una investigación posterior mucho más concreta y completa debería dilucidar. Es decir, el abordaje usado no permite realizar una valoración individual de la fiabilidad del testimonio de torturas de cada caso particular. Para ello sería necesario poner en marcha mecanismos más amplios con medios más adecuados.

---

50. MUÑAGORRI, Ignacio, “Privación de libertad y derechos fundamentales” en *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona* (Coord.), Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional, Barcelona, 2008, p. 97 ss.; PORTILLA, Guillermo, “La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura” en *Observatorio del Sistema Penal y Los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona* (Coord.), Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional, Barcelona, 2008, p. 139 ss.

51. PSOE. “Libro Blanco del PSOE” 2008. [www.psoe.es/download.do?id=122146](http://www.psoe.es/download.do?id=122146).

52. RASMUSSEN, Ole Vedel, op. cit., p. 1 ss.

## 5.6. Recapitulación: conclusiones

1. Los datos estadísticos presentados apuntan a una misma línea de concordancia con los hallazgos descritos por los organismos internacionales de supervisión, por otros estudios empíricos nacionales y por algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes (AN, TS, TC, TEDH). Son un punto de partida para profundizar, más allá de la consideración de que todas las alegaciones son meras fabulaciones, diversas hipótesis interpretativas entre las que se encuentran aquellas que aseguran que la tortura / malos tratos es un problema que en España debe ser tomado en serio especialmente en relación a los detenidos incomunicados, incluyendo una revisión de la eventual falta de eficacia de las medidas de prevención.
2. La frecuencia de alegaciones de malos tratos / tortura fue del 66% (634/957). Dato que se ve refrendado por la existencia de un 60% de detenidos que alegaron malos tratos / tortura en los reconocimientos médico forenses y por la frecuente denuncia de vulneraciones de derechos efectuada por los detenidos incomunicados ante el Juzgado Central de Instrucción.
3. Existen variables criminológicas y procesales, que se asocian con la frecuencia de las alegaciones de malos tratos / tortura: motivo de la detención, tiempo que duró la incomunicación, cuerpo policial que realizó el arresto y situación legal tras la incomunicación.
4. Existe una relación directamente proporcional entre la frecuencia de alegaciones de tortura y la duración de la incomunicación: el riesgo incrementa marcadamente cuando la incomunicación supera los 3 días.
5. Existe un modelo diferencial de malos tratos / tortura para cada cuerpo policial y un patrón diferencial de tortura sexual en razón del género del detenido. En relación con las décadas anteriores apreciamos el declinar o la desaparición de ciertos métodos de tortura y el aumento de otras técnicas, orientadas a no dejar lesiones físicas.
6. En las detenciones por “Comportamientos sin actividad violenta” practicadas por la Policía Nacional bajo la instrucción del Juzgado Central de Instrucción nº 5, se apreció una baja prevalencia (9%) de alegaciones de malos tratos, a pesar de que varias personas fueron condenadas como miembros o dirigentes de ETA.

## 6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El presente trabajo pretendía reunir un conjunto de información sobre los datos relativos a las alegaciones de malos tratos / tortura en el periodo 2000-2008 en el ámbito de la detención incomunicada. Los hallazgos resultan del cribado de información obrante en denuncias judiciales, informes médico-forenses y testimonios de los detenidos. Dicho cribado no incorpora la información de manera acrítica sino de conformidad con una sólida metodología científica, en la que se ha utilizado un cuestionario forense fiable basado en guías internacionales y en el que la consistencia de los resultados ha sido acreditada usando un enfoque multifactorial con triangulación de los datos estadísticos; así como mediante el contraste con fuentes

externas procedentes de los organismos internacionales de monitoreo y de otros estudios empíricos.

El volumen de documentación analizado y volcado ha sido muy amplio y pretende acumular materia de discusión en un **estado pre-valorativo**: esto es, únicamente se han hecho **indicaciones y sugerencias interpretativas de correlación** con los hallazgos de informes internacionales de control o estudios empíricos nacionales, que se alejan de una aseveración radical de conclusiones definitivas. Porque el objetivo central era fomentar a futuro una discusión de los datos en sí y, en un segundo nivel, sobre las posibles interpretaciones más allá de las hipótesis extremas de que todo es mera fabulación o de que todas las denuncias y alegaciones son ciertas.

En una materia tan peligrosamente politizada como el fenómeno de la tortura en relación con la lucha antiterrorista el potencial y la función académica bien puede ser un campo especialmente idóneo para un intento de racionalizar la discusión y de contribuir a una aproximación desapasionada aunque informada por la tensión ética –y la dificultad añadida– que todas las vulneraciones de derechos humanos de motivación política demandan<sup>53</sup>.

---

53. Una aproximación al estado de la cuestión de la investigación en materia de tortura dentro del contexto de las vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política en el País Vasco puede consultarse en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketen biktimak. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence*, Vitoria-Gasteiz, 2009, p. 291 ss., 332 ss.; 433 ss. y *passim*.



EGUZKILORE

Número 25.  
San Sebastián  
Diciembre 2011  
75-86

# EL COMIENZO DE LA EJECUCIÓN EN EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS. PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA

*Catedrático de Derecho penal  
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

**Resumen:** A partir de la argumentación de dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera del año 2009 y la segunda de 2011, y de una Sentencia de la Sección primera de la Audiencia Nacional de 2010, en relación con el delito de “Desórdenes públicos del artículo 557.1 del Código Penal, se plantean dos cuestiones. La primera, el inicio de ejecución del citado delito. La segunda, en relación con la anterior, si dado el adelantamiento del inicio de la ejecución, en el caso concreto, puede plantarse una violación del Principio de legalidad en su contenido de prohibición de la doble incriminación (“no bis in idem”).

**Laburpena:** Kode Penaleko 557.1 artikuluko “desordena publikoa” delituari buruz Auzitegi Gorenak bi sententziantan emandako argudioetatik (bata, 2009koa, eta bestea, berriz, 2011koa) eta Auzitegi Nazionalaren lehenengo sekzioak 2010ean emandako sententzia batetik abiatuta, bi gai landuko dira. Batetik, delitu horren gauzatzearen hasiera landuko da. Bestetik, berriz, aurrekoari lotuta, gauzatzearen hasiera aurrertuz gero, kasu zehatz horretan, leporatze bikoitzaren debekuaren edukian legezketasunaren printzipioaren urraketa planteatu ote daitekeen aztertuko da (“non bis in idem”).

**Résumé :** Sur la base de l’argumentation de deux jugements de la Cour Suprême -l’un de 2009 et un autre de 2011- et d’un jugement de la Section première de la Cour Nationale d’Espagne, par rapport au délit de désordres publics de l’article 557.1 du Code pénal, l’auteur pose deux questions : une première question sur le commencement de la mise en œuvre, et une deuxième question, par rapport au première et en vue de l’avancement du commencement de l’exécution, fixe l’attention sur la possibilité de considérer, dans le cas concret, une violation du principe de légalité, de son contenu de double incrimination (« non bis in idem »).

**Summary:** Based on the reasoning advanced by the High Court in handing down certain sentences - the first in 2009 and the second in 2011, and another Sentence handed down by the Court of Assizes in 2010, with regard to Public Order offenses, as contained in Article 557.1 of the Penal Code - two questions are raised. The first regards the moment when the commitment of such an offense can be said to actually begin. The second, in relation to the first, raises the question as to whether, if that moment is brought forward, this then constitutes a violation of the principle of legality given *ne bis in idem*.

**Palabras clave:** Derecho penal, delito de desórdenes públicos, principio de *non bis in idem*.

**Gako-hitzak:** Zuzenbide penala, “desordena publikoa” delitua, *non bis in idem* printzipioa.

**Mots clef :** Droit pénal, délit de désordres publics, principe de *non bis in idem*.

**Key words:** Criminal Law, public order offense, *ne bis in idem*.

## A) CÓDIGO PENAL

Artículo 557. 1.

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que en ella circulen o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les pueden corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

## B) JURISPRUDENCIA

*STS. Núm. 987/2009, de 13 de octubre.*

### Antecedentes

“...un grupo de jóvenes varones se encaminaban por la calle E... de P. a paso uniformemente rápido, con destino concreto no identificado aunque con intención de ejercer violencia destructiva contra personas y/o cosas portando a tal efecto sus componentes –o algunos de ellos– cierto número de bolsas de plástico conteniendo recipientes de vidrio (...) rellenos con sustancias inflamables de iniciación química (...) viéndose sorprendido el grupo (...) por la inmediata proximidad de un vehículo de la Policía (...) cuyos ocupantes, funcionarios policiales, desempeñaban la misión de mantener el orden público en la mencionada ocasión, en que se desarrollaba la jornada de las Elecciones Generales. Ante la presencia del antedicho vehículo policial, el grupo trató de huir regresando a la calle E, volviéndose al poco y lanzando, algunos de los componentes de aquél, los precitados explosivos incendiarios (...)”.

### Fundamentos

“En el presente caso es patente que la acción del grupo del que formaba parte el recurrente cuando marchaban con paso uniformemente rápido con cócteles molotov, en la madrugada del día en que iban a celebrarse las Elecciones Generales al Congreso de Diputados y al Senado, patentiza de forma clamorosa el fin tendencial y por tanto el elemento subjetivo del tipo que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral”, “...hecho consistente en el intento de perturbar la paz pública en un día tan señalado”.

*SAN, Sección primera, nº 23/2010, de 17 de marzo de 2010.*

En relación con los hechos que, en relación con los sujetos y las acciones que aquí interesan, los condenados reconocen que portaron el cóctel molotov y que al encontrarse con la policía, dejan en el suelo el artefacto y salen corriendo.

“Respecto del delito de desordenes públicos del artículo 557 del CP (...) además de una actuación en grupo y una finalidad de atentar contra la paz pública (...) exige el mencionado precepto además que se produzcan unos determinados resultados de



lesiones, daños, obstaculización de vía públicas o invasión de instalaciones o edificios. Este resultado no se llegó a producir (...). En consecuencia los hechos deben estimarse constitutivos de un delito de desórdenes públicos, del artículo 557, pero en grado de tentativa del art. 16 que existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor. Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, unos veinte jóvenes, portando en su mayoría los cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladan rápidamente desde el parque L.T al barrio viejo”.

“Tentativa de desordenes públicos (...) no ofrece ninguna duda que realizan la acción típica...porque existió un concierto previo y un reparto de papeles para llevar a cabo la acción”.

Planteado RECURSO DE CASACIÓN por parte de algunos de los condenados, RC nº 11052/10, ante la Sala 2ª del TS “por aplicación indebida del artículo 557 en relación con el art. 16 del Código Penal, al entender que los hechos declarados son actos preparatorios y, en consecuencia impunes, por cuanto, entiende, no se dio origen a la ejecución, suponiendo una doble incriminación como consecuencia de la tenencia de explosivos”, el Ministerio Fiscal, con fecha 24 de noviembre de 2010, “interesa la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del presente recurso”.

En el escrito de inadmisión el Fiscal recoge la distinción que la Sala ha reiterado entre orden público y paz pública, entendida esta como “el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas de la convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de derechos fundamentales de las personas (...) la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana. A continuación se remite al caso en cuestión reiterando lo visto en la STS 13,10,2009, relativo a que cuando los condenados marchaban “con paso uniformemente rápido” con cócteles molotov en la madrugada del día en que se iban a celebrar las Elecciones Generales...patentiza de forma clamorosa el fin tendencial, y por tanto el elemento subjetivo del injusto que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral”. Añade que en el supuesto en examen “se han cometido también dos infracciones, transporte de las sustancias ya mencionadas con la finalidad de cometer otra, alterar la tranquilidad de la noche por ser previa a la jornada electoral que habría de consistir en lanzar cócteles molotov contra algunos cajeros automáticos”.

*STS nº 244/2011 de 5 de abril de 2011.*

Por la citada STS citada se declara NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado, al que anteriormente se ha hecho mención, con imposición a los recurrentes de las costas. En el Fundamento de Derecho segundo se recogen los motivos del recurso. Se presenta por “indebidamente aplicado el delito de desórdenes públicos en base a dos cuestiones, a) que no hubo inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos y b) que la sanción por el delito de desórdenes públicos supone, además, una violación del *non bis in idem*.

En relación con la primera cuestión, la Sala recoge la “naturaleza tendencial” del delito de desórdenes públicos, que exige para su apreciación la finalidad de atentar con-

tra la paz pública, elemento subjetivo del injusto que, a su vez, precisa de los siguientes requisitos: “a) El sujeto es plural y b) la finalidad es la de alterar la paz pública, concepto que es más amplio que el simple orden público, u orden en la calle, y que se conecta con el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana –(...)-. Este elemento constituye el elemento subjetivo del tipo penal”. “Pretender que es un acto preparatorio impune el hecho de: a) ir de madrugada b) en grupo por la calle c) provistos de artefactos explosivos e incendiarios d) con un atuendo destinado a provocar la impunidad al llevar cubiertos los rostros y e) con la confesada intención de incendiar cajeros de banco, es una conclusión tan inadmisibles como alejada de toda razonabilidad y solo podría ser exponente de un angelismo que bien pudiera calificarse de patológico (...) antes al contrario, tal acción es a todas luces no ya un acto preparatorio o neutro o indiferente (...) sino que, cuando menos, se está en presencia de un inequívoco principio de ejecución, y decimos, cuando menos, porque la alteración se produce efectivamente con el ataque al vehículo policial, con independencia de que en el mismo no conste que intervinieran los recurrentes, pero en todo caso estos sí dieron comienzo a la ejecución del delito de desórdenes por parte de los recurrentes.

Respecto a la segunda cuestión planteada en el recurso, se afirma por la Sala que “la sanción por el delito de tenencia de explosivos no supuso la vulneración del principio de “non bis in idem”. Recuerda la Sala que “el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto, de comisión esencialmente dolosa y de consumación anticipada porque no exige la deflagración del artefacto bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podía dar lugar al delito de estragos del art. 346 CP, que vendría de este modo a constituir la última fase de la progresión delictiva. En tal caso, es patente que la tenencia de explosivos quedará absorbida en el delito de estragos”.

“Por el contrario, no hay posibilidad de absorción ni de progresión delictiva entre los delitos de desórdenes públicos y de tenencia de explosivos”.

“Basta señalar la obviedad de que el uso de explosivos no es indispensable para la ejecución del delito de desórdenes públicos”.

“Se trata pues de tipos delictivos diferentes con bienes jurídicos propios y distintos”.

Si bien se comentará en el apartado siguiente y en el último la argumentación jurisprudencial, brevemente haré referencia a una expresión de la Sala, ya recogida, que entiendo es ajena a cualquier tipo de argumentación fundada. Me refiero a la afirmación, en relación con la primera cuestión planteada por los recurrentes, que “es una conclusión tan inadmisibles como alejada de toda razonabilidad y solo podría ser exponente de un angelismo que bien pudiera calificarse de patológico”. Entiendo que la última expresión citada es una opinión que no cabe deducirla de los motivos esgrimidos por los recurrentes ni del razonamiento contrario que los rechaza, sino que puede interpretarse como un mero comentario subjetivo que puede entenderse fruto de la autocomplacencia de quienes lo suscriben ante su desafortunado ejercicio literario, y que en cualquier caso, al señalar que la opinión de los recurrentes queda “alejada de toda razonabilidad” y podría ser exponente de “un angelismo (...) patológico”, los descalifica, innecesariamente, y afecta negativamente al derecho de defensa, al margen del Derecho y de cualquier reflexión criminológica saneada.

### C) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE ESTUDIO

A partir del tipo base del delito de “Desórdenes públicos” recogido en el artículo 557.1 CP, también de la jurisprudencia citada del TS y de la Sala Primera de la Audiencia Nacional, así como de la doctrina científica que se consultará y citará, se trata de delimitar el inicio de la ejecución en este delito que se mantiene sin modificación tras su última redacción por LO 15/2003 de 25 de noviembre.

En interés, especialmente, de la problemática típica planteada, sujetos que portando artefactos explosivos con el fin de atacar algún cajero automático, ante la presencia policial huyen abandonando los aparatos explosivos que portaban, es común recoger en la doctrina que la “dinámica comitiva propia(...) ha de materializarse a través de alguna de las conductas previstas en el precepto mencionado, encaminadas a atentar contra el orden público, y produciendo como resultado la alteración de dicho orden público, si bien con un ánimo que va más allá de este bien jurídico consistente en atacar la paz pública. Los actos previstos en el artículo 557 CP son los únicos relevantes que puedan dar lugar al resultado típico y, por lo tanto, como señala el TS estamos ante un catálogo cerrado (“*numerus clausus*”) de conductas específicas que dan lugar al resultado típico de la alteración del orden público (SSTS 21/4/87/ y 17/3/89/) (A.J. BARREIRO, 1997, 1.256).

Cabe recordar que este tipo de “convergencia”, “los que actuando en grupo” y de “tendencia interna intensificada”, “y con el fin de atentar contra la paz pública”, contiene la alteración del orden público como resultado. Pero dicho resultado ha de producirse o causarse de manera concreta y cerrada por “lesiones a las personas, produciendo daños en la propiedad, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que en ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios”. Será así, “exclusivamente, a través de los medios que señala el precepto” como podrá presentarse “la grave perturbación del orden, unificada en los medios aludidos” (R. GARCÍA ALBERO, 2004, 2.437 y 2.438). También debe indicarse que la previsión de una regla concursal, “sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”, plantea que además de la directa comunicación entre esos resultados y la alteración objetiva del orden público junto a la intencionalidad final de los autores contra la paz pública, dicha alteración a través de las modalidades tipificadas, puede afectar a bienes jurídicos distintos, generando una combinación pluriofensiva concurrente.

En la jurisprudencia citada, la primera sentencia del TS y la segunda de la AN, los hechos son similares. Varios jóvenes portando botellas inflamables y utilizando disfraz, se dirigen a un lugar inconcreto. Ante la presencia policial, algunos inician la huida y otros se enfrentan con la policía. Los que huyen, en su huida, abandonan las botellas inflamables. Estos últimos, son condenados por tenencia y porte de sustancias inflamables junto con el delito de desórdenes públicos pero en grado de tentativa.

En la primera de la STS recogida se señala que ya “cuando marchaban con paso uniformemente rápido con cócteles molotov, en la madrugada del día en que iban a celebrarse las Elecciones Generales (...) patentiza de forma clamorosa el fin tendencial, y por tanto el elemento subjetivo de tipo que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral (...) hecho consistente en el intento de perturbar la paz pública en un día tan señalado”.

En la segunda Sentencia citada, recogiendo que el artículo 557 del CP “exige (...) además que se produzcan unos resultados de lesiones, daños, obstaculización de vías públicas e invasión de instalaciones o edificios. Este resultado no se llegó a producir (...). En consecuencia los hechos deben estimarse constitutivos de un delito de desordenes públicos, del art. 557 pero en grado de tentativa del art. 16”, respecto al cual se señala, “Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, unos veinte jóvenes portando en su mayoría los cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladaron rápidamente desde el parque L.T al barrio viejo”

No parece haber duda que los hechos probados constituyen un delito de “tenencia y porte de elementos explosivos” por el que fueron condenados, art. 568 CP, y que, así mismo, concurre la agravante de disfraz, art. 22.2 CP. Sin embargo, también parece claro, dada la singular configuración del tipo del art. 557, que si bien puede constatarse la finalidad de alterar la paz pública, elemento subjetivo del tipo, en base al delito referido de mera tenencia concurriendo la agravante de disfraz, la exigencia de que se ejecute, o al menos se inicie la ejecución, de “lesiones, daños, obstaculización de las vías públicas o la invasión de instalaciones o edificios” puede plantear dudas razonables. Tales resultados, como se ha señalado doctrinalmente, y solamente ellos, en el plano objetivo, son medios determinados ex lege para que nazca “la alteración del orden público”, alteración a la que solo se puede llegar necesariamente a través de ellos, de alguno de ellos.

La referencia en la STS citada de que la presencia del elemento subjetivo “da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral” cabe apreciar que recoge un salto cualitativo cuando desde el elemento subjetivo no solo se establece el inicio de la conducta objetiva de “alterar” concretada en la norma, sin ninguna alusión material a las lesiones, daños, obstaculización o invasión, sino que también se afirma que es desde el elemento subjetivo, derivado de unos hechos materialmente ajenos a los tipificados, desde donde se genera o da vida al tipo delictivo, cuando debería ser al revés, que el elemento subjetivo se deduzca claramente de la acción externa. Puede entenderse que la presencia del elemento subjetivo, no precisamente da vida al tipo, sino que aporta la finalidad última del sujeto que va más allá de un resultado que debe producirse o al menos iniciarse, alterar el orden público a través de unos hechos típicos taxativa, cerradamente determinados, solo por tanto a través de ellos, lo que, como se señalaba, es dudoso que llegase a iniciarse su producción. Afirmar que la presencia del elemento subjetivo “da vida al tipo” supondría subjetivizar o espiritualizar de una manera excesiva el tipo, abriendo una inseguridad interpretativa, tensionando, cuando no anulando, la propia configuración del art. 557 al prescindir, desde el “ánimus” final, deducidos de otros hechos ausentes del tipo, el “factum” exigido.

Algo similar puede comentarse de la ST de la AN. Reconoce “Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, una veintena de jóvenes, portando en su mayoría cócteles molotov...”. Parece procedente preguntarse si al menos se iniciaron las lesiones, los daños, la obstaculización de las vías públicas o la invasión de instalaciones o edificios, sin poder evitar constatar que en caso de iniciación y dirigida la acción a alterar la paz pública, *tal inicio, se encuentra, se manifiesta y exterioriza inseparablemente al hecho de portar sustancias inflamables*. Pero este concreto supuesto delictivo, cabe insistir, se consumó y fue sancionado en grado de consumación. En la narración jurisprudencial parece que se centra en este delito porque se encuentra

reiteradamente recogido como exponente del inicio de la ejecución del delito de desórdenes públicos. Si así fuera, se está utilizando la tenencia de los materiales explosivos, materiales peligrosos, doblemente como tipo diferenciado, en grado de consumación, y como inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos, lo que llevaría a una doble incriminación por un mismo hecho. Similar cuestión puede plantearse respecto al escrito de inadmisión del Ministerio Fiscal del Recurso de Casación.

Por otra parte, a partir del relato de los hechos puede platearse la existencia de un acuerdo previo de voluntades entre los participantes del grupo de personas que se traslada portando cócteles molotov y con el rostro cubierto, que podría, si no se hubiese iniciado la ejecución de los desórdenes públicos y en el caso de un sistema de incriminación general, conformar la figura de la conspiración. Pero, como se sabe, en nuestro CP el legislador ha optado por un sistema de criminalización especial para esta forma de conducta, art. 17.3 CP, que no alcanza, porque no se prevé expresamente, al artículo 557 CP.

Similares comentarios pueden hacerse al contenido de la STS de 5 de abril de 2011. Como soporte fáctico del inicio de ejecución de los desórdenes públicos se recogen diversos hechos. En un primer momento se destaca que el sujeto es plural y la finalidad es la de alterar la paz pública, elementos, uno objetivo y otros subjetivo, del tipo. A continuación se recogen una serie de datos de los hechos a modo de fundamentación de la calificación: a) el ir de madrugada, b) en grupo por la calle, c) provistos de artefactos explosivos e incendiarios, d) con los rostros cubiertos y e) con la confesada intención de incendiar cajeros de bancos. Entiendo que un mero recorrido por esta fundamentación viene a confirmar lo anteriormente dicho. El que los recurrentes portasen inicialmente “artefactos explosivos e incendiarios” se recoge entre los hechos que sustentan la calificación de tentativa de desórdenes públicos. Así puede comprenderse porque de los otros hechos se puede diferenciar su relevancia. Ir en grupo, de madrugada, son hechos que si no concurriese el de portar sustancias explosivas e incendiarias serían irrelevantes, incluso aunque conste la finalidad confesada, porque de ellos no cabe deducir más que, en su caso, un ínfimo riesgo, y el elemento subjetivo, como se ha dicho más arriba, no cualifica los hechos, ni da “vida” al delito, sino que es exactamente eso, elemento subjetivo, intención o finalidad de los autores pero no hecho ni se deduce de esos hechos. El ir con el rostro cubierto, como se ve en la ST recurrida, se aprecia como circunstancia agravante genérica para el delito de tenencia, que se declara inaplicable ya en casación por ser irrelevante en la ejecución de este delito. Así, únicamente el portar artefactos explosivos e incendiarios podría constituir un riesgo relevante, en su caso, de cara a la modalidad de daños o lesiones del tipo de desórdenes públicos, de manera que la Sala integra expresamente el hecho de la tenencia de los artefactos explosivos para calificar los hechos de desórdenes públicos, con inicio de ejecución en grado de tentativa. Más tarde se comentará si ese mero portar los artefactos puede ya calificarse de comienzo de ejecución de las modalidades comisivas recogidas en el delito de desórdenes públicos.

Por otra parte, afirmar la presencia de un inequívoco acto de ejecución “porque la alteración se produce efectivamente con el ataque al vehículo policial, con independencia de que en el mismo no conste que intervinieran los recurrentes, pero en todo caso estos sí dieron comienzo a la ejecución del delito de desórdenes”, remite a un hecho posterior a los atendibles, en el que además los recurrentes no participaron y afirma el comienzo de la ejecución por estos en base a hechos anteriores, que serán

los que se han visto más arriba, ya comentados negativamente. En esos momentos, en los hechos, como se ha visto, consta la intención de alterar la paz pública y el porte de sustancias inflamables e incendiarias, para alcanzar la finalidad, en cuanto hecho generador de riesgo idóneo para la realización de las modalidades típicas de los desórdenes.

Este razonamiento puede continuarse en relación con los comentarios de la Sala sobre el tipo de tenencia de explosivos para rechazar la vulneración del principio “non bis in idem”. Anteriormente se ha comentado que en relación con la calificación del delito de desórdenes públicos, en grado de tentativa, se ha tenido en cuenta la “tenencia de sustancias explosivas e inflamables”. A su vez, se califican también los hechos por este delito en particular. La Sala realiza una exposición formal-abstracta de este supuesto delictivo como “de simple actividad y peligro abstracto (...) de consumación anticipada porque no exige deflagración (...) no hay posibilidad de absorción ni de progresión delictiva (...) señalar la obviedad de que el uso de explosivos no es indispensable para la ejecución del delito de desórdenes públicos” ya que “ se trata de tipos delictivos diferentes con bienes jurídicos propios y distintos”. La cuestión es que, en concreto, en la particularidad de los hechos enjuiciados, la mera tenencia se ha integrado en la calificación de los desórdenes públicos. No habiendo duda que la mera tenencia conforma un supuesto de mera actividad que genera un peligro, porque si no lo generase constituiría un ilícito meramente formal carente de antijuridicidad material, ese resultado de peligro es el que ha entendido la Sala, como se ha visto, para tenerlo en cuenta como un momento de comienzo de la ejecución de los desórdenes. Así lo recoge en sus Fundamentos de Derecho. A su vez, habiéndolo considerado relevante para esa calificación en grado de tentativa, y la tentativa tampoco exige deflagración, se utiliza para una segunda y diferenciada tipificación. De este modo, la mera tenencia es utilizada doblemente para la calificación penal. En estas breves notas solamente se pretende constatar esta duplicidad en la apreciación de la mera tenencia, duplicidad que va acompañada, a mi parecer, de una especial insistencia en el elemento subjetivo del tipo de desórdenes públicos vinculado a la determinación del comienzo de la ejecución, aunque tal elemento no deje de ser precisamente eso, elemento subjetivo, intención o finalidad, que deberá deducirse de los hechos y no suplantarlos. Así, en relación con la calificación del delito de “desórdenes públicos” en “grado de tentativa” recogida en las STS citadas, en principio, lleva a plantear la argumentación o motivación de la misma en relación con el inicio de realización del artículo 557 CP. en el supuesto concreto. Para ello se verán, en el apartado siguiente las distintas teorías de la tentativa. De este artículo merecerá también un comentario su ámbito jurídico de protección, orden público y paz pública, ámbitos de relación social, cuya ambigüedad tiende a favorecer una tutela penal anticipada.

## **D) TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA EJECUCIÓN TÍPICA**

En la doctrina penal se manifiestan diversas direcciones interpretativas para establecer el inicio de la ejecución de la acción típica que permita determinar el momento del comienzo de la ejecución como algo más, y distinto, en dirección al resultado, que los meros actos preparatorios. Así MIR (2008, 346-353) recoge, en primer lugar, la “Teoría Subjetiva” que atiende, siguiendo a Frank, a la opinión del sujeto para, en el plano objetivo, establecer el inicio en aquellos casos que constituyan un momento “natural”, decisivo, de su plan decisivo. A continuación, hace referencia a la “Teoría Objetiva Formal” que viene a establecer el comienzo de la ejecución a partir de la



conducta descrita en el tipo penal, entendido en sentido estricto, reconociendo el autor que esta teoría expresa un máximo respeto al principio de legalidad. Por último, expone la “Teoría Objetivo Material” que plantea la delimitación del campo previo a la consumación, que suponga ya comienzo de la acción típica, a partir de que en la consideración del plan del autor, objetivada, la acción consista en una puesta en peligro inmediata para el bien jurídico, entendiéndose que la inmediatez debe darse en el tiempo.

Por otra parte ALCÁCER (2001, 17-111), parte, inicialmente, de los presupuestos básicos de la delimitación del comienzo de la ejecución típica, excluyendo tajantemente la fase interna de los jurídicamente relevantes, así como determinadas exteriorizaciones que no alcancen a atentar directamente contra los bienes jurídicos protegidos, en razón de la primacía de la libertad individual, del principio de lesividad, puesta en peligro relevante para el bien jurídico, y de la obligada seguridad jurídica. Justifica también la presencia del problema del comienzo de la ejecución típica en la tentativa en la Parte General, no solo por la presencia del art. 16, sino como una ampliación lógica derivada de cada tipo de la Parte Especial. A partir de ello expone y analiza las diversas teorías generales diferenciando, según la vinculación al fundamento de la punición, Teoría del peligro y Teoría de la impresión, en atención al elemento subjetivo, plan del autor, y las teorías vinculadas al tipo legal, la Teoría objetivo formal, y la del adelantamiento del ámbito objetivo a conductas anteriores al verbo típico, Teoría de los Actos intermedios. El autor se decanta por esta última, que se da cuando “entre la acción realizada y la realización del verbo típico no queden eslabones intermedios esenciales y exista una inmediatez temporal”, exigiéndose que los actos realizados revistan un peligro considerable para el bien jurídico protegido, esto es, la presencia de hechos exteriores que den, directamente, principio a la ejecución y que objetivamente deberían producir el resultado. En relación con el manifiesto adelantamiento que supone esta interpretación respecto a la conducta que realiza el verbo típico, entiende, por una parte, que tal adelantamiento, “no parece resultar excesivo” cuando, además, otros autores defienden que ese marco de conductas en un estado anterior puede en realidad subsumirse en el verbo típico e incluso que la teoría de los actos intermedios coincidiría con las exigencias restrictivas de la teoría objetivo-formal al entender, con Roxin, que con la fórmula del inicio inmediato la tentativa “debe aproximarse al estricto límite de la acción típica”.

En relación con la teoría de los actos intermedios o de la inmediatez del acto, que entiende como ejecutiva la conducta que, a partir de una interpretación objetiva del plan del autor, conduce sin actos esenciales a una lesión típica del bien jurídico protegido, FUENTES OSORIO (2007, 87-92) plantea la dificultad de determinar en un proceso causal en qué instante no se precisa ya un acto intermedio esencial entre el comportamiento y la producción del resultado típico.

El problema que señala respecto a esta teoría es el de “diferenciar dentro de una misma unidad de acción la fase ejecutiva de la preparatoria, lo cual es una decisión normativa que establece qué comportamientos dentro de cada modo de comisión y cada grupo de tipos penales inicia una secuencia de acción penalmente relevante: conduce al inicio de una secuencia de acción sin actos intermedios penalmente irrelevantes”. Continúa señalando que para “determinar cuándo no hay actos intermedios penalmente irrelevantes, no se puede crear una regla general de interpretación de los tipos penales que funcione perfectamente en todas las ocasiones”. Así, la existencia de una secuencia de acción entendida como inicio de relevancia penal, de tentativa, de un

proceso delictivo, será, en todo caso, un punto de partida que deberá ser concretado en cada caso. Finaliza relativizando el criterio de la inmediatez entendido como “un referente que sirva para fijar el inicio de la ejecución pero que siempre esté sometido a una interpretación con ciertas dosis de arbitrariedad” y que, de todas maneras, habrá que “establecer en cada caso dónde comienza la secuencia de acción que formalmente representa un inicio de la conducta típica”.

Por último, en relación a esta breve exposición doctrinal y respecto al concreto delito de “desórdenes públicos”, MUÑOZ CONDE (2010, 826) recoge que “cuando existe un concierto para dichas acciones y estas no llegan a realizarse cabe apreciar tentativa, que podrá demostrarse por el hecho de encontrarse un grupo de personas en actitud provocadora, con los rostros tapados, esgrimiendo instrumentos peligrosos siempre que no hayan llegado a producirse los resultados citados en el precepto”. Como se ve, se refiere a la problemática planteada respecto al inicio de ejecución, tentativa, en relación al delito concreto, desórdenes públicos, que ha sido recogido en las Sentencias citadas y que se plantea como la cuestión a interpretar en este trabajo. Avanzando cuestiones que permitirán, en el siguiente apartado, llegar a una interpretación sobre la cuestión planteada, entiendo que el problema que puede presentar la cita recogida es que no recoge solo un hecho, sino varios, dificultando en cuál de ellos puede entenderse el comienzo de la ejecución. Se pueden establecer, diferenciadamente, sucesivas secuencias objetivas, la existencia de un concierto de voluntades, que remite al plan de los autores en un delito de convergencia o de pluralidad de autores; encontrarse el grupo de personas en actitud provocadora; y lo anterior acompañado del hecho de llevar los rostros tapados que llevaría a una agravante genérica que tendrá que aplicarse en relación con un delito concreto. A lo anterior se añade el hecho de esgrimir elementos peligrosos, momento en el que, al menos en la narración, surge el peligro y que permite preguntarse que si no concurriese el hecho de esgrimir los instrumentos peligrosos, habría también tentativa solo por la presencia de un grupo de personas con concierto de voluntades, actitud provocadora y el rostro cubierto.

## **E) COMENTARIO FINAL. A MODO DE CONCLUSIÓN**

En un primer momento recordaré la cuestión jurisprudencial que se plantea.

La condena califica los hechos como constitutivos del delito de “tenencia y porte de elementos explosivos” del artículo 568 CP con la agravante de disfraz del artículo 22.2 CP, del Capítulo V, “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos”, del Título XII, “Delitos contra el orden público”, y de un delito de desórdenes públicos pero en grado de tentativa, artículo 557 CP, del mismo Título XII, Capítulo III, “De los desórdenes públicos”, por lo tanto, ajenos a los delitos de la Sección 2ª, “De los delitos de terrorismo”, del Capítulo VII, “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, también del mismo Título XII. Quiere decir que los hechos no se califican de pertenencia, actuación al servicio o colaboración con organizaciones terroristas del artículo 572 CP, ni tampoco por el tipo del artículo 577 que recoge los supuestos de quienes sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines, realizan determinados delitos expresamente relacionados entre los que se encuentran determinados daños o tenencia de sustancias o aparatos explosivos.



Los hechos que en este caso interesan en relación con dicha calificación consisten en que varios jóvenes marchaban con paso uniformemente rápido, con cócteles molotov y con el rostro cubierto, en la madrugada en que iban a celebrarse las elecciones generales. Al encontrarse con un furgón de la Policía Nacional y los agentes de la policía, algunos de ellos huyen del lugar y, en la huida, depositan en la calle los cócteles molotov que portaban. Tanto en la STS como en la de la AN citadas se interpreta que dichos hechos patentizan el fin tendencial y por tanto el elemento subjetivo del tipo de atentar contra la paz pública y con ello el hecho consistente en el intento de perturbar el orden público, interpretación distinta y añadida a la que considera esos hechos constitutivos de un delito de tenencias de sustancias explosivas del artículo 557 CP en grado de consumación, con la concurrente agravante genérica de disfraz.

En la ST de la AN se interpreta que los hechos son constitutivos de un delito de desórdenes públicos, pero en grado de tentativa, al iniciarse la ejecución cuando los miembros del grupo, portando en su mayoría cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladaron rápidamente...

En un primer momento, cabe interpretar que la fundamentación jurisprudencial carece de suficiente argumentación o motivación que permita diferenciar la doble calificación delictiva. Como puede comprobarse se realiza una exposición externa de varios hechos de la que deducen el elemento subjetivo del tipo y atribuyen, genéricamente, a tales hechos el inicio de ejecución de los desórdenes públicos, sin determinar en qué momento, en qué hecho en particular de la sucesión de los hechos que se refieren, se encuentra ya ese inicio de ejecución, determinación o concreción que pareciera obligada cuando en la calificación condenan por dos tipos diferenciados, uno de tenencia de sustancias inflamables en consumación con la agravante de disfraz, y otro de desórdenes públicos, en grado de tentativa. Esto es, dado que no se inicia el resultado de las lesiones, daños,...que establece el propio artículo 557 CP, al menos debería haberse motivado cuándo se puso en peligro el bien jurídico protegido, pero prescindiendo de la tenencia de materiales inflamables y de la agravante de disfraz, que merecen una calificación condena diferenciada. El escrito del Ministerio Fiscal de inadmisión del Recurso de Casación reitera la STS del 13,10,2009 y concluye afirmando la comisión de los dos delitos, el de tenencia de sustancias inflamables en grado de consumación con la agravante de disfraz, y el de desórdenes públicos, en grado de tentativa, negando simplemente, sin motivación alguna en particular, que el hecho de portar sustancias explosivas se haya utilizado en la condena tanto para calificar el delito consumado como el de tentativa. Similar, en el fondo, es la STS de 5 de abril de 2011 salvo que elimina, como se ha visto, la agravante de disfraz en el delito de tenencia de explosivos.

Sobre la fundamentación de ambos ilícitos, tal como son calificados en las Sentencias condenatorias, pueden, para terminar, plantearse las siguientes cuestiones. Por los hechos reconocidos no cabe cuestionar la aplicación del delito del artículo 568 CP. Pero no convence la aplicación conjunta del artículo 557 CP en grado de tentativa, artículo 16 CP. Debiéndose evitar la doble utilización punitiva de un mismo hecho por ser contraria al principio de legalidad, y habiéndose integrado en el tipo del artículo 568 CP la tenencia de sustancias explosivas que si podría mostrar, en su caso, la generación de un peligro para el bien jurídico pero, a su vez, constituye ya un ilícito de tenencia en consumación, la atribuida tentativa de desórdenes públicos solamente podría sustentarse en base al hecho de marchar con un paso uniformemente rápido, por la noche, en la víspera de la elecciones generales, pues los otros hechos probados

ya han sido atendidos penalmente en el delito consumado consistente en el portar sustancias explosivas o inflamables. Aunque suponga ese acto de marchar en la fecha señalada un inicio de exteriorización del plan de los autores, carece, a mi entender, del carácter esencial ejecutivo que hiciera innecesarios otros actos intermedios añadidos para la lesión, o en este caso, la puesta en peligro del bien jurídico, en cuanto inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos. Se plantea en este supuesto la dificultad que plantea FUENTES OSORIO (2007, 92) de “establecer en cada caso dónde comienza la secuencia de acción que formalmente representa un inicio de la conducta típica”, sin que dicha dificultad haya quedado resuelta al atribuir a un acto remoto, carente de inmediatez, irrelevante en dirección al resultado lesivo, y condenándose separadamente de los relevantes, un inicio de ejecución, sin necesidad de actos intermedios previos, del delito de desórdenes públicos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALCÁCER GUIRAO, R., (2001), *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2007) *La preparación delictiva*, Granada.
- GARCIA ALBERO, R. (2004), en Gonzalo Quintero (Director), Fermín Morales (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Pamplona.
- JORGE BARREIRO, A. (1997), en Gonzalo Rodríguez Mourullo (Director), Agustín Jorge Barreiro (Coordinador), *Comentarios al Código Penal*, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2008), *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010), *Derecho Penal. Parte Especial*, Decimoctava ed., Valencia.

# GENOZIDIOA: NAZIOARTEKO ARAUKETA ETA ESPAINIAR ZIGOR KODEKO 607. ARTIKULUA\*

Miren ODRIOZOLA GURRUCHAGA

*Zuzenbideko Graduduna. UPV/EHU*

**Resumen:** Aunque han sido muchas las acusaciones basadas en la figura del genocidio, en realidad han sido relativamente pocos los efectivamente condenados por dicho crimen, puesto que muy frecuentemente son condenados por crímenes contra la humanidad o de guerra, en lugar de por genocidio. Y ello es así porque existen dudas y distintas interpretaciones sobre algunos elementos que constituyen el tipo penal del genocidio. Con objeto de aportar un poco de luz, además de analizar la normativa internacional, se estudia la regulación contenida en el artículo 607 del Código Penal español y se ponen de manifiesto las diferencias en relación a la normativa internacional. Del mismo modo, se estudia y compara la jurisprudencia establecida por los Tribunales Penales Internacionales y los Tribunales de España sobre el genocidio.

**Laburpena:** Genozidioan oinarritutako akusazioak asko izan diren arren, esan dezakegu, oraingoz, genozidio-portaerengatik zigortutako pertsonen kopurua txikia dela; genozidioaren ordez, askotan, gizateriaren aurkako krimenak edo gerra-krimenak egozten baitzaizkie askori. Izan ere, genozidioaren tipo penala osatzen duten zenbait elementuren inguruko zalantzak eta interpretazio ezberdinak daude. Horiek argitu nahian, nazioarteko arauketa aztertzeaz gain, espainiar Zigor Kodeko 607. artikuluan jasotako arauketa azaldu eta nazioartekoarekiko dituen ezberdintasunak agerraraziko ditugu. Era berean, Nazioarteko Auzitegi Penale eta Espainiako Auzitegiek genozidioaren inguruan ezarritako jurisprudentzia aztertu eta alderatuko dugu.

**Résumé :** Bien que beaucoup de gens ont été accusés de génocide, peu d'eux ont été condamnés pour ce crime, puisque habituellement ils sont condamnés pour crimes contre l'humanité ou crimes de guerre. Il en est ainsi parce qu'il y a de doutes et plusieurs interprétations sur quelques éléments qui constitue le type pénale du génocide. Dans le but de les éclaircir, en plus d'analyser la réglementation internationale, on étudie la réglementation de l'article 607 du Code Pénal espagnol et on met en évidence les différences relatives à la réglementation internationale. De la même façon, on étudie et on compare la jurisprudence établie pour les Cours Pénales Internationales et pour les Tribunaux de l'Espagne sur le génocide.

**Summary:** Although many people have been charged with genocide, the truth is that very few have been sentenced for that crime, because most of them are sentenced for crimes against humanity or war crimes. That is due to the doubts and different interpretations concerning some of the elements that constitute the crime of genocide. In order to clarify them, as well as analyzing the international regulation, the rule contained in article 607 of the Spanish Criminal Code is studied and its differences in relation to the international rules are highlighted. In the same way, the case law concerning genocide which has been established by the International Criminal Courts and the Spanish tribunals is also studied and compared.

---

\* Este trabajo ha obtenido el Premio Jean Pinatel al mejor trabajo de Investigación en Criminología, otorgado por el Instituto Vasco de Criminología y patrocinado por Kutxa, en su edición 2011.

**Palabras clave:** genocidio, Derecho penal internacional, Estatuto de Roma, intención de destruir el grupo como tal.

**Gako-hitzak:** Genozidioa, Nazioarteko Zuzenbide Penala, Erromako Estatutua, Taldea bere horretan suntsitzeko asmoa.

**Mots cles :** génocide, Droit pénal international, Statut de Rome, intention de détruire un groupe comme tel.

**Key words:** genocide, international criminal Law, Rome Statute, intent to destroy a group as such.

## AURKIBIDEA

- I. Sarrera
- II. Nazioarteko Auzitegi Penalen Jurisprudentzia: Tipoaren elementuak
  - II.1. Actus Reus
    - II.1.1. Babestutako Taldeak
    - II.1.2. Genozidioa burutzeko modu zehatzak
  - II.2. Mens Rea: Elementu subjektibo orokorra
  - II.3. Mens Rea: Elementu subjektibo berezia
- III. Genozidio Delitua Espainiako Zigor Kodean. Entzutegi Nazionalako Jurisprudentzia
  - III.1. Tipo objektikoa
    - III.1.1. Subjektu aktiboa
    - III.1.2. Subjektu pasiboa
    - III.1.3. Genozidio modalitateak
  - III.2. Tipo subjektiboa
- IV. Ondorioak
- V. Bibliografia

## SARRERA

Bai nazioarteko bai barneko auzitegietan, asko izan dira genozidioan oinarritutako akusazioak, eta Ruandako edo Jugoslavia ohiko gatazketan parte hartu zuten pertsonak atxilotzen dituztenean ere, genozidio portaerak leporatzen zaizkiela entzun dezakegu komunikabideetan. Baina esan dezakegu azkenean genozidio portaerengatik zigortuak izan diren pertsonen kopurua txikia dela. Hala ere, horrek ez du esan nahi genozidioa egozten ez zaien pertsona horiek zigorgabe geratzen direnik, baizik eta askotan gizateriaren aurkako krimenak edo gerra krimenak egozten zaizkiela. Kontua da gizateriaren aurkako krimenek eta genozidioak antzeko portaerak zigortzen dituztela (hilketak, torturak, etab.), eta, gainera, biak biztanleria zibilaren aurkako eraso orokor baten barruan kokatzen direla. Baina portaera horiek genozidiotzat jotzeko, egileak genozidioak eskatzen duen asmo berezia izan behar du. Horrela, taldea osorik edo zati batean suntsitzeko asmorik gabe, biztanleria zibilaren aurkako eraso masibo eta sistematikoa burutzen duenari gizateriaren aurkako krimenak egotziko zaizkio<sup>1</sup>.

Baina zer da genozidioa? Rafael Lemkinek, honako bi partikula hauek konbinatuta sortu zuen terminoa: jatorri greziarreko *genos* hitza, zeinak arraza edo tribu esan

---

1. CASSESEren hitzetan, *International Criminal Law*, 145 or., As for the objective element, the two crimes may undoubtedly overlap to some extent: for instance, killing members of an ethnic or religious group may as such fall under both categories;...By contrast, from the perspective of the mens rea, the two categories do not overlap at all...For genocide, what is required is instead the special intent to destroy, in whole or in part, a particular group, in addition to the intent to commit the underlying offence. From this viewpoint, the two categories are therefore "mutually exclusive".

nahi duen, eta latineko *cide* hitza, zeinak hil esan nahi duen<sup>2</sup>. Bollok dioen bezala, Nurembergeko Auzitegi Militarreko Fiskaltzaren akusazio idazkian jada genozidio hitza agertzen zen, baina Nurembergeko epaietan ez zen genozidio hitza behin ere jaso; izan ere, Auzitegia eratu zuen Estatutuan ez zegoen espresuki aurreikusita<sup>3</sup>. Casseseren hitzetan, Nurembergen, talde etniko edo erlijiosoen aurka burututako sarraskiak epaitzeko eta zigortzeko, ez zegoen genozidioak eskatzen duen “asmo berezia” frogatu beharrik, gizateriaren aurkako krimenen edo gerra krimenen elementu objektiboak eta subjektiboak betetzen zirela frogatzea nahikoa zen<sup>4</sup>.

Behin Nazio Batuen Erakundea (NBE) eratuta, Batzar Orokorrak 1946. urteko abenduaren 11n aho batez onartu zuen 96 (I) Ebazpena. Ebazpen horren bidez, genozidioa nazioarteko zuzenbideko krimena dela ezarri zuen NBEko Batzar Orokorrak; eta ebazpen berean, genozidio krimenari buruzko Hitzarmenaren proiektua egiteko beharrezko ikerketak egitea agindu zion Batzar Orokorrak Kontseilu Ekonomiko eta Sozialari. Kontseilu horrek 47 (IV) Ebazpena onartu zuen, zeinaren ondorioz (eta NBEko Idazkari Orokorraren eskariz) Lemkinek, Donnedieu de Vabresek eta Pellak Hitzarmenaren aurreproiektua idatzi zuten. Aurreproiektuan oinarrituta, Idazkaritzaren Hitzarmen Proiektua idatzi zuen Idazkari Orokorrak<sup>5</sup>. 117 (VI) Ebazpenaren bidez, Batzar Orokorrak 1948an hainbat Estatuk osatutako Komisio Berezia sortu zuen, horrek Hitzarmenaren Proiektua adostu zezan (Idazkaritzaren Hitzarmen Proiektua kontuan hartuta). 1948ko abenduaren 9ko 260 (III) A Ebazpenaren bidez, Batzar Orokorrak Hitzarmenaren behin betiko testua onartu zuen<sup>6</sup>.

Ambosen arabera, Genozidio-Krimena aurrez ekiditeko eta zigortzeko Hitzarmenari esker, gizateriaren aurkako krimenen barneko kategoria izateari utzi eta krimen autonomoa izatera pasa zen genozidioa. Era berean, Hitzarmen horretan jasotako definizio hori honako Estatutuetan jaso zuten: Jugoslavia ohian eta Rwandan jasotako genozidioak eta bestelako krimenak burutu zituztenak epaitzeko NBEko Segurtasun Kontseiluak ad hoc sortutako Auzitegien Estatutuetan (1993ko maiatzaren 25eko 827(1993) ebazpenaren bidez eta 1994ko azaroaren 8ko 955(1994) ebazpenaren bidez ezarriak, hurrenez hurren), eta Nazioarteko Auzitegi Penalaren Erromako Estatutuan (1998ko uztailaren 17koa)<sup>7</sup>.

## **NAZIOARTEKO AUZITEGI PENALEN JURISPRUDENTZIA: TIPOAREN ELEMENTUAK**

Lanaren lehenengo zati honetan, Ambosen arabera genozidioaren tipo penala osatzen duten elementuak banaka aztertuko ditugu<sup>8</sup>:

- 
2. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, 79 or.
  3. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 108 or.
  4. CASSESE, *International Criminal Law*, 127 or.
  5. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 108-109 or.
  6. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 109 or.
  7. CASSESE, *International Criminal Law*, 132 or.
  8. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 100-101 or.

1. ACTUS REUS delakoa (tipo objektiboa). Nazioarteko Auzitegi Penalaren Estatutuko 6. artikuluan zerrendatutako ekintzetako bat edo batzuk eginez gero, elementu hori betetzen dela esan dezakegu.
2. MENS REA (tipo subjektiboa). Elementu subjektibo orokorra (doloa), Nazioarteko Auzitegi Penaleko 30. artikuluan deskribatzen den bezala.
3. Elementu subjektibo berezia. Nazio, etnia, arraza edo erlijio-talde bat osorik edo zati batean suntsitzeko asmoa.

## 1. Actus Reus

### 1.1. Babestutako taldeak

Nazioarteko Auzitegi Penala (NAP hemendik aurrera) arautzen duen Erromako Estatutuan, Ruandarako Nazioarteko Auzitegi Penaleko (RNAP hemendik aurrera) Estatutuan eta Jugoslavia ohirako Nazioarteko Auzitegi Penaleko (JNAP hemendik aurrera) Estatutuan, nazio, etnia, arraza eta erlijio-taldeak dira genozidioa zigortzearen bidez babesten diren taldeak. Horiek dira babestutako taldeak; baina talde politiko, ekonomiko eta kulturalak?

Adituek asko eztabaidatu duten gaia izan arren, Ambosen arabera, gaur egun ia erabatekoa da adostasuna, eta, gehiengo horren arabera, Genozidioari buruzko Hitzarmena idatzi zutenean, egileek berariaz utzi zituzten talde politiko, ekonomiko eta kulturalak hitzarmenak eskaintzen zuen babesetik kanpo. Hitzarmenaren prestaketa lanetatik eratorzen dute hori<sup>9</sup>. Baina arazoak ez du horren irtenbide erraza, eta, historiaren nondik norakoak ulertzeko, Schabas autorearen hitzak ekarri behar ditugu gogora<sup>10</sup>. Autore horren arabera, Batzar Orokorraren 96(1) Ebazpenaren azkeneko bertsioa lortzeko Estatuaren arteko negoziazioetan, Lemkinen lanean jasotako hainbat ideia aldatu zituzten; besteak beste, genozidioaren biktimak nazio, etnia eta erlijio-taldeak bakarrik izan zitezkeela alde batera utzi (hori zen Lemkinen ideia), eta talde politikoak gehitu zituzten. Aldaketa azpi-komite batean gertatu zen, eta Schabasek dioen bezala, ez da inon jaso aldaketa horren zergatia<sup>11</sup>.

Baina Genozidioaren aurkako Hitzarmena idazterakoan, NBEko Batzar Orokorreko Seigarren Komiteak Hitzarmenak eskaintzen zuen babesetik at utzi zituen talde politikoak. Horiek horrela, Schabas-ek dioen moduan, Batzar Orokorraren 96(1) Ebazpena talde politikoak barneratzen dituen genozidioaren definizio zabalagoa defendatzeko argudio garrantzitsua izan daiteke; horregatik, tamalgarria da Lemkin-en proposamenaren eta ebazpenaren azken bertsioaren arteko aldaketaren arrazoei buruzko informaziorik ez izatea. Ondorioz, Schabas-ek kritikatu egiten du esatea Hitzarmena-

9. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 101 or.

10. SCHABAS, "The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires", 1 or. eta hurrengoak.

11. SCHABAS, "The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires", 3-4 or.

ren prestaketa lanetatik abiatuta hitzarmenaren egileen nahia talde politikoak hitzarmenaren babesetik at uztea zela<sup>12</sup>.

Ambosok beste autore batzuen ikuspuntua aipatzen du, zeintzuen arabera, “taldea bere horretan” (gaztelaniaz “grupo como tal”) kontzeptuak berak ematen digun aditzera talde egonkorrek bakarrik hartzen dituela bere baitan<sup>13</sup>. Eta hori da hain zuzen *ad hoc* auzitegien hainbat epaitan ezarritako doktrina, esaterako, **Akayesu** kasuan<sup>14</sup>. Akayesu kasuan, zalantzan jarri zen ea tutsiak nazio, arraza, etnia edo erlijio-talde gisa kontsidera zitezkeen<sup>15</sup>. Baina, RNAPren arabera, horrek ez zuen axola, Genozidioaren aurkako Hitzarmenak talde egonkorrek babesten ditu-eta. Interpretazio hedatzaile hori arrazoitzeko esan zuen Hitzarmenaren egileen nahia hori izan zela eta hori *travaux préparatoires*-etatik ondorioztatzen dela. Baina Schabas-en ustez, prestatze lan horietan oso gutxitan eta han-hemenka egiten zaie erreferentzia talde egonkorrei<sup>16</sup>.

Taldearen egonkortasuna aipatu dugu, baina zer da talde bat egonkorra izatea? Ammanek Akayesu kasuan RNAPk esandakoak honela jasotzen ditu: talde egonkorretako kideak jaiotzen direnetik dira talde horretako kide, modu jarraian eta erremediaezinean; beste taldeetako kideak (esaterako talde politiko eta ekonomikoetakoak), ostera, norberaren borondatez dira kide<sup>17</sup>. Autore beraren esanetan, jaiotzaren bidez definitzen zen pertsona bat hutua edo tutsia zen, eta Ruandako sistema sozial eta legalean, kidegotza horrek betiko irauten zuen. Autore berari jarraiki, egonkortasunaren irizpideak talde politikoak edo ekonomikoak genozidioa zigortzeak eskaintzen duen babesetik at uzten ditu; izan ere, talde horietako kidegotza aldakorra da, ez da jaiotzaren ondorioz ezartzen, eta zaila da gizarteak kidegotza horren berri izatea<sup>18</sup>.

---

12. SCHABASen hitzetan, “The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires”, 5 or., because the reference to political groups in the final version of Resolution 96(II) is so important to a broader customary definition of genocide comprising political groups, it is unfortunate that we do not know more about the drafting. Given that no records of the subcommittee deliberations exist,..., and perhaps shows that the travaux préparatoires are sometimes incapable of elucidating the intent of the drafters of a legal instrument.

13. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 101 or.

14. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T, 510., 511., 516., 701., eta 702. paragrafoak, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena. 511. paragrafoan, hain zuzen: On Reading through the *travaux préparatoires* of the Genocide Convention, it appears that the crime of genocide was allegedly perceived as targeting only “stable” groups, constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more “mobile” groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups.

15. Izan ere, CASSESEk dioen bezala, *International Criminal Law*, 139 or., these two groups shared language, religion, and culture, lived in the same areas, and in addition there was a high rate of mixed marriages.

16. SCHABASen arabera, “The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires”, 7 or., Actually, Trial Chamber I distorted the import of the travaux préparatoires...contain a few isolated referencs to the “stable and permanent” hypothesis...but nothing permitting the conclusion that this could be described as “the intent of the drafters”.

17. AMMAN, “International Decisions”, 2 or.

18. AMMANen hitzetan, “International Decisions”, 2 or. the decision is unlikely to bring political or economic groups within the ambit of genocide. Membership in those groups is mutable and is neither dependent on birth nor readily recognized by the larger society.

Kontuak kontu, jarraian Genozidio-krimenaren bidez babestu nahi diren taldeen inguruan jurisprudentziak esandakoa azalduko dugu<sup>19</sup>.

1. Esan bezala, **Akayesu** kasuan, RNAPk “talde egonkorrei” erreferentzia egin zien: “modu egonkorrean sortutako eta kidegotza konstanteko taldeak, jaiotzaren bidez zehaztutakoak. Talde politikoak eta ekonomikoak bezalako talde “mugikorrenak” ez dira bertan sartzen; izan ere, kideek borondatezko konpromiso individual bidez egiten dute bat zalantzan jartzen bertako kideak direnik, jaiotze hutsagatik automatikoki, modu jarraian eta eragotzezinean kide direlako<sup>21</sup>.
2. **Rutaganda** kasuan, azaldutako doktrina errepikatu zuen RNAPak: talde politiko eta ekonomikoak genozidioa zigortzearen bidez babestutako taldeetatik at daude, “talde mugikorrak” direlako<sup>22</sup>.
3. **Jelistic** kasuan, JNAPk “talde egonkorrak” honela definitu zituen: “euren nahiak edozein izanda ere, indibiduoak talde horietako kide dira”<sup>23</sup>. Era berean, Ambosiek dioten bezala, epai horretan taldea definitzeko irizpide subjektiboa erabili zuten lehenengo aldiz: talde hori desagerrarazi nahi dutenen ikuspegitik (ustezko egileen ikuspegitik) ebaluatu behar da taldearen estatusa<sup>24</sup>.
4. **Kayishema** kasuan ere, RNAPk bereizi egin zituen taldearen autoidentifikazioa eta besteek taldea identifikatzea<sup>25</sup>.
5. **Krstic** epaiketan, irizpide subjektiboa nagusitu zen<sup>26</sup>. Zergatik hartu egilearen ikuspuntua kontuan? Ambosen ustez, genozidioa asmo bereziko krimena izanik, taldea suntsiarazteko asmo berezia delituaren elementu garrantzitsua da.

---

19. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 102-104 or.

20. Zentzu horretan, Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 511. paragrafoan, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batek ...constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more “mobile” groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups.

21. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 702. paragrafoan, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batek dioen bezala, The Chamber further noted that all the Rwandan witnesses who appeared before it invariably answered spontaneously and without hesitation the questions of the Prosecutor regarding their ethnic identity. Accordingly, the Chamber finds that, in any case, at the time of the alleged events, the Tutsi did indeed constitute a stable and permanent group and were identified as such by all.

22. Prosecutor vs. Rutaganda ICTR-96-3-T epaiko 56. paragrafoan, 1999ko abenduaren 6koa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batena, ...because they are considered to be mobile groups...

23. Zentzu honetan, Prosecutor vs. Jelistic IT-95-10-T epaiko 69. paragrafoan, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batek ...to which individuals belong regardless of their own desires...

24. Prosecutor vs. Jelistic IT-95-10-T epaiko 70. paragrafoan, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena, therefore, it is more appropriate to evaluate the status of a national, ethnical or racial group from the point of view of those persons who wish to single that group out from the rest of the community.

25. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 98. paragrafoan, 1999ko maiatzaren 21ekoa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batena, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by other, including perpetrators of the crimes (identification by others).

26. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaiko 557. paragrafoan, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena, the Chamber identifies the relevant group by using as a criterion the stigmatisation of the group.



6. **Kamuhanda** epaian, berriz, RNAPko Lehenengo Instantziako Salak irizpide objektiboa eta subjektiboa konbinatu zituen<sup>27</sup>.

Horiek horrela, talde politiko, ekonomiko eta kulturalak ez dira genozidioa zigortzearen bidez babestu nahi diren taldeen barruan sartzen. Baina bidezkoa al da, talde egonkorak ez direla argudiatuz, talde politikoak edo kulturalak Genozidioaren aurkako Hitzarmenaren babesetik at uztea eta esaterako talde erlijiosoak barnertzea? Drost autorearen arabera, berez, Genozidioaren aurkako Hitzarmenean babestutako taldeetako kideen aurka egindako erasoak bakarrik zigor daitezke genozidio gisa, baina horrek ez du esan nahi horien aurkako ekintzak bakarrik tipifikatu beharko liritekeen genozidio bezala. Charny-k, ildo beretik, honela definitu zuen genozidioa: pertsonen hilketa, partekatzen duten identitatean (hori edozein izanda ere) oinarrituta<sup>28</sup>.

Hainbat autore, besteak beste Quintano Ripollés, talde politikoak Genozidioaren aurkako Hitzarmenaren babesetik at geratzearen alde agertu ziren. Autore horien ustez, izaera politikoa erlatiboa da, ezin da izaera etnikoa edo erlijioso ezartzeko erabilitako objektibotasunez finkatu, eta aldakorra da<sup>29</sup>. Baina izaera erlijioso iraunkorra al da? Talde erlijioso bateko kide izatea kideen borondatearen menpe egonik<sup>30</sup>, talde erlijiosoek, politikoek bezala, ez dute izaera iraunkorrik; aitzitik, Genozidioaren aurkako Hitzarmenean babestuta daude.

## 1.2. Genozidioa burutzeko modu zehatzak

<sup>1</sup>NAPko Estatutuko 6. artikuluan genozidioa burutzeko modu ezberdinak zerrendatzen dira. RNAPko Estatutuko 2. artikulua eta JNAPko Estatutuko 4. artikulua zerrenda bera jasotzen dute. Beraz, jarraian aipatuko ditugun ekintzetako edozein talde nazional, etniko, arrazako edo erlijioso bat desagerrarazteko helburuarekin egiten bada, genozidiotzat hartuko da ekintza hori<sup>31</sup>:

- a) Taldeko kideen hilketa
- b) Taldeko kideen osotasun fisiko edo mentala modu larrian lesionatzea
- c) Bere suntsitze fisikoa, osoa edo partziala, ekarriko duten existentzia-baldintzak taldeari nahita ezartzea
- d) Taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea
- e) Umeak indarrez beste talde batera mugitzea

27. Prosecutor vs. Kamuhanda ICTR-99-54-T epaiko 630. paragrafoa, 2004ko urtarrilaren 22koa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batek dioen bezala, a determination of the categorized groups should be made on a case-by-case basis, by reference to both objective and subjective criteria.

28. DROST eta CHARNY autoreen hitzak BOLLO AROCENAREN *Derecho Internacional Penal* liburutik hartuak, 130 or.

29. QUINTANO RIPOLLÉS autorearen hitzak BOLLO AROCENAREN *Derecho Internacional Penal* liburutik hartuak, 135 or.

30. CASSESEren arabera, *International Criminal Law*, 130 or., clearly, in the case of religious groups, membership may be voluntary.

31. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 104 or.

Ikuspegi subjektibotik egileak taldeko kideen kopuru handia desagerrarazteko asmoa izan behar duen arren, objektiboki bi kideren aurkako eraso nahikoa dela dio Ambosek<sup>32</sup>. Are gehiago, Krimenaren Elementuetako 6. artikulua<sup>33</sup> dio nahikoa dela taldeko kide bakarra hiltzearekin (edo bestelako genozidio-ekintzak jasatearekin). Hala ere, interpretazio horrek arazoak ekar ditzakeela uste du Ambosek, ekintza konkretuek taldeko kideei eta horien umeei pluralean egiten baitiete erreferentzia. Horrela, interpretazio hertsia egingo bagenu, gutxienez bi biktima egotea beharrezkoa litzateke<sup>34</sup>. Cassese ere iritzi berekoa da<sup>35</sup>.

### a) Taldeko kideen hilketa

Ambosen hitzetan, Krimenaren Elementuak Estatutuaren tresna subsidiarioa da (Erromako Estatutuko 9. artikulua), eta 6. artikuluan honela definitzen dute taldeko kideen hilketa: “Egileak pertsona bati edo gehiagori heriotza eragin izana”<sup>36</sup>.

### b) Taldeko kideen osotasun fisiko edo mentalari lesio larriak eragitea

RNAPeko Lehen Instantziako Salak, **Akayesu**<sup>37</sup>, **Kayishema**<sup>38</sup> eta **Bagilishema**<sup>39</sup> kasuetan, honako ekintza hauek zerrendatu zituen kalte fisiko edo mental larri gisa: tortura fisiko edo psikikoa, tratu gizagabea edo apalgarria, pertsekuzioa, edo kolpe edo heriotza-mehatxuekin konbinatutako indarkeria sexuala, bortxaketak, mutilazioak eta galdeketak. Ikus dezakegun bezala, xedapenak osotasun fisikoaren aurkako erasoez gain, osotasun mentalaren aurkako erasoak ere zigortzen ditu<sup>40</sup>.

Kaltea, fisikoa edo psikikoa, larria izateko eskakizunak arazoak dakartza; izan ere, zein larritasun-maila izan behar du kalteak? Kaltea iraunkorra edo erremediorik gabea

32. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 104-105 or.

33. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADAren hitzetan, “Apuntes jurisprudenciales sobre el delito de genocidio: la contribución de los Tribunales Internacionales”, 2 or., El Documento de los “Elementos de los Crímenes” –texto auxiliar aprobado para la correcta interpretación del Estatuto, que constituye Derecho aplicable en virtud del art. 9 del Estatuto del TPI–, puntualiza aquellos aspectos más problemáticos que, hasta el momento, habían dado lugar a grandes polémicas que hoy parecen quedar resueltas de esta forma.

34. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 105 or.

35. CASSESEren arabera, *International Criminal Law*, 134 or., In Akayesu the Trial Chamber, ..., held the view that there may be genocide even if one of the acts prohibited by the relevant rules on this matter is committed “against one” member of the group. Arguably, this broad interpretation is not consistent with the text of the norms on genocide, which speak instead of “members of the group”.

36. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 105 or.

37. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 504., 706. eta 707. paragrafoak, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

38. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 108. paragrafoa, 1999ko maiatzaren 21ekoa, RNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

39. Prosecutor vs. Bagilishema ICTR-95-1A-T, 2001eko ekainaren 7koa, 59. paragrafoa (3. Kapitulu II. Tituluko), RNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

40. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 153 or.

izan behar al da? Ambosen arabera, badirudi adostasuna dagoela kalte fisikoaren inguruan: ez du iraunkorra izan behar<sup>41</sup>. Horrela, **Kamuhanda** kasuan, kalteak ez duela iraunkorra edo erremediorik gabea izan behar ezarri zuen RNAPk<sup>42</sup>.

Baina asko eztabaidatu izan da kalte mentalaren inguruan. **Krstic** epaketan, kalte mentalak ez duela iraunkorra edo erremediorik gabea izan behar finkatu zuen JNAPk. Zoriontasun-eza, eta aldi baterako lotsa edo apaltzea baino zerbait gehiago izan behar da, hau da, norbanakoak bizitza normala izateko gaitasuna hondatu behar du epe luzean<sup>43</sup>. **Bagilishema** kasuan, aipatutako irizpidea jasotzen da. Horrela, ez da beharrezkoa kalte iraunkorra edo erremediorik gabea izatea, baina ahalmen mental eta fisikoetan kalte txikia baino zerbait gehiago izan behar da<sup>44</sup>.

### ***c) Taldearen suntsitze fisikoa, osoa edo partziala, dakarten existentzia-baldintzak taldeari nahita ezartzea***

Hitz lauetan esanda, taldea heriotza mantso bidez suntsitzea litzateke<sup>45</sup>. Horretarako erabilitako metodoen artean, RNAPk honako hauek aipatu izan ditu **Akayesu**<sup>46</sup>, **Kayishema**<sup>47</sup> eta **Rutaganda**<sup>48</sup> kasuetan: kideei jakirik eta urik ez ematea, euren etxeetatik sistematikoki botatzea, oinarrizko mediku-zerbitzua gutxieneko mailatik behera murriztea, neurrigabeko lan baldintzak ezartzea, etab.

Ambosiek dioten bezala, ez da beharrezkoa neurri horien ondorioz taldeko kideren bat hiltzea, baina kideak fisikoki suntsiarazteko (subjektiboki) kalkulatu behar izan ditu egileak<sup>49</sup>. Hori ezarri zuen RNAPk **Akayesu**<sup>50</sup> kasuan; Alemaniako jurisprudentziaren

41. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 106 or.

42. Prosecutor vs. Kamuhanda ICTR-99-54-T epaiko 633-634. paragrafoak, 2004ko urtarrilaren 22koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena. 634. paragrafoa.

43. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaiko 513. paragrafoan, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena, the Trial Chamber states that serious harm need not cause permanent and irreparable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation.

44. Prosecutor vs. Bagilishema ICTR-95-1A-T, 2001eko ekainaren 7koa, 59. paragrafoa (3. Kapitulumoko II. Tituluko), RNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

45. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 107 or.

46. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 506. paragrafoan, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batek dioten bezala, deliberate inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

47. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 115-116. paragrafoetan, 1999ko maiatzaren 21koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena, for example, lack of proper housing, clothing, hygiene and medical care or excessive work or physical exertion.

48. Prosecutor vs. Rutaganda ICTR-96-3-T epaiko 51. paragrafoa, 1999ko abenduaren 6koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

49. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 108 or.

50. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 505. paragrafoan, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batek dioten moduan, ...should be construed as the methods of destruction by which the perpetrator does not immediately kill the members of the group, but which, ultimately, seek their physical destruction.

arabera, berriz, nahikoa da neurriak taldea suntsiarazteko objektiboki egokiak izatea (*geeinet*). Baina Ambosiek dioten moduan, interpretazio hori ez da egokia; izan ere, “*calculated to*” esapidearen itzulpen oker batean oinarritzen da. “Geeinet” esapideak honako hau esan nahi du: neurriak babestutako ondasun juridikoentzako arrisku abstraktua ekartzea nahikoa dela. Baina RNAPk hori baino zerbait gehiago eskatu zuen Akayesu kasuan, eta “*calculated to*” esapideak ere zerbait gehiago eskatzen du<sup>51</sup>.

#### **d) Taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea**

Genozidio modalitate horri “genozidio biologikoa” ere esaten zaio, eta taldeko kideei ugaltzeko bideak ukatzean datza<sup>52</sup>. Horretarako aproposak diren neurrien artean, RNAPk **Akayesu** kasuan zerrendatutako hauek ditugu: gizon eta emakumeak behartuta antzutea, jaiotzak behartuta kontrolatzea, bi sexuak banantzea, etab.<sup>53</sup>.

**Akayesu** kasuan RNAPk esandako bi ideia nabarmentzen ditu Ambosiek<sup>54</sup>. Batetik, jaiotzak ekiditeko neurriak fisikoak eta mentalak izan daitezkeela. Horrela, bortxaketa jaiotzak ekiditeko helburuarekin egin daiteke; izan ere, bortxatutako emakumeak agian etorkizunean ugaltzeari uko egin diezaioke. Bestetik, gizarte patriarkalengan, non taldeko kide izatea aitaren identitatearen arabera zehazten den, beste talde bateko gizon batek emakume bat bortxatzea genozidio modalitate honetan sar daiteke; izan ere, emakume hori haurdun geratzen bada, ume hori ez da amaren taldeko kide izango<sup>55</sup>.

#### **e) Umeak indarrez beste talde batera mugitzea**

Asko eztabaidatu izan da ea genozidio modalitate hau benetan genozidioa kontsidera daitekeen. Zergatik? Genozidioa tipifikatzearen helburua taldeek fisikoki existitzeko duten eskubidea babestea delako, eta ez taldeen existentzia kulturala edo bestelakoa babestea. Ambosen arabera, ekintzak taldearen identitatea suntsitzera zuzenduta badaude baina ez badute taldeko kideak fisikoki suntsiarazteko helburua, ekintza horiek ezin dira genozidiotzat jo. Horiek horrela, bere iritzi, haurrak indarrez beste talde batera eramateak identitate kulturala galtzea ekarriko du, baina ez du *per se* taldea fisikoki suntsiaraziko. Horrela, umeak indarrez beste talde batera mugitzea genozidio kulturalaren barruan sar daitekeela uste du<sup>56</sup>.

51. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 108 or.

52. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 108-109 or.

53. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 507. paragrafoa, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

54. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 109 or.

55. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 507-508. paragrafoak, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena. 508. paragrafoan zehazki, furthermore, the Chamber notes that measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate.

56. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 109-110 or.

Argi utzi beharra dago genozidio kulturala ez dela talde kultural bat fisikoki edo biologikoki suntsitzeko asmoarekin erasotzea (Hitzarmenean jasotako modalitatearen baten bidez); genozidio kulturala edozein talderen kultura suntsitzeko asmoarekin egindako erasoan datza. Beraz, talde nazional, etniko, arrazako edo erlijioso baten aurka genozidio kulturala burutzea posible da; hala ere, eta berez genozidioa zigortzearen bidez babesten diren taldeak izan arren, horien aurkako genozidio kulturala ezin da genozidiotzat jo, ez baitago taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzeko asmorik<sup>57</sup>. Bestalde, talde kultural bat fisikoki edo biologikoki suntsitzeko asmoarekin burututako genozidio-modalitateak ezin dira genozidiotzat jo, talde kulturalak Hitzarmenaren babesetik at daude-eta. Beraz, genozidio kulturala eta talde kultural baten aurka burututako genozidioa kontzeptu ezberdinak dira.

Hitzarmenaren egileek behin betiko testuak eskaintzen zuen babesetik kanpo utzi zuten genozidio kulturala; orduan, zergatik jaso “umeak indarrez beste talde batera mugitzea” genozidio modalitate gisa? Seigarren Komisioan, Greziako delegazioak egindako proposamenaren ondorioz barneratu zuten modalitate hori, eta, ikuspuntu hori defendatzeko, honako arrazoi hau erabili zuen: antzutze edo abortu sistematikoki bidez taldean jaiotzak ekiditearen eta behin umeak jaiota taldez mugitzearen arteko berdintasuna. Izan ere, “umeak indarrez taldez mugitzea” “taldean jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea” bezain eraginkorra izan daiteke taldea fisikoki suntsiarazteko<sup>58</sup>. Azkeneko interpretazio horri jarraiki, genozidio biologikoa litzateke “umeak indarrez beste talde batera mugitzea”, eta ez genozidio kulturala. Graven autorearen arabera, berriz, umeak indarrez taldez mugitzea ezin da genozidio-ekintzatzat jo; oinarritzko eskubideen bortxaketa izan arren, ez du sorrera bera ekiditen<sup>59</sup>.

Ni Greziar delegazioaren iritzi berekoa naiz: taldean jaiotzak ekiditeko ezarritako neurriek bezala, umeak taldez mugituz gero, taldeak ez du ondorengorik izango, eta urte batzuen buruan, taldea fisikoki desagertu egingo da. Beraz, genozidio biologikoaren barruan barnera dezakegu. Planzer autorearen hitzetan, mugitzeak berak ez dakar berehalako arrisku fisikorik, baina ondorio larriak eragin ditzake taldean<sup>60</sup>. Horrela, genozidio-modalitate hori barneratzearen alde agertzen da Planzer.

---

57. Dena dela, aipatzekoa da Srebrenicako kasuan JNAPk esandakoak, CASSESE, *International Criminal Law*, 136 or., The Trial Chamber however points out that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group... the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group.

58. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 158-159 or.

59. GRAVENen hitzetan, *Les crimes contre L'Humanité*, 73 or., bien que, d'après certains, ..., du moment qu'on condamnait les mesures visant à entraver la naissance, “il faut condamner aussi les mesures visant à détruire une génération nouvelle en enlevant les enfants, en les arrachant à leurs familles, en les forçant à changer de religion, en les forçant à haïr leur propre peuple”. Cela est certes un crime contre les droits de l'homme or des minorités ou, si l'on veut, contre l'humanité, mais ce n'est point destruction de la “génération” même, et par conséquent véritable “génocide”. La similitude n'est qu'apparente.

60. PLANZERren hitzetan, BOLLO AROCENAREN *Derecho Internacional Penal* liburutik hartuak, 158-159 or., ...si le transfer en soi n'implique pas un danger physique immédiat, il peut néanmoins avoir de graves répercussions au sein du groupe.

### f) “Garbiketa etnikoa”: beste genozidio modalitate bat al da?

Cassesearen arabera, “garbiketa etnikoa” nahita utzi zuten Erromako Estatutuko 6. artikulutik kanpo (baita ad hoc Nazioarteko Auzitegi Penalen Estatutuen genozidioko arauketatik kanpo ere)<sup>61</sup>. Beraz, garbiketa etnikoa ez da genozidio-modalitate bat, baina zer da? Esapidea 1981. urtean sortu zen, Jugoslavia ohiko komunikabideetan “etnikoki garbiak ziren lurralde” gisa hitz egiten zutenean Kosovoz<sup>62</sup>. JNAPko fiskalak, **Karadzic eta Mladic** kasuan, honela definitu zuen garbiketa etnikoa: “Lurralde jakin batetik talde etniko jakin bateko kideak desagerrarazteko ekintzak dira. Ekintza horien bidez, egileek lurraldea etnikoki purua izatea bilatzen dute...”<sup>63</sup>.

Horiek horrela, Ambosek dioen moduan, garbiketa etnikoaren helburua ez da taldea suntsiaraztea, baizik eta talde jakin bat lurralde batetik beste batera mugitzea, talde hori lehen zegoen lekuko lurraldea etnikoki homogenea izan dadin. Helburu bata eta bestea lortzeko bideak –hau da, burututako ekintzak– berdinak izan ohi diren arren, helburua ezberdina da: genozidioan, taldea suntsiaraztea, eta garbiketa etnikoan, taldea desplazatzea. Dena dela, horrek ez du esan nahi zigortzen ez denik garbiketa etnikoko ekintzak burutzea; izan ere, gizateriaren aurkako krimen edo gerra krimen gisa zigor daiteke<sup>64</sup>. Cassesearen ustez, berriz, egokiagoa da Alemaniako Konstituzio Auzitegiak Jorgic kasuan ezarritako ikuspuntua: kanporatze sistematikoa taldea suntsitzeko metodo egokia izan daiteke, eta ondorioz, taldea suntsitzeko intentzioaren azterna (baieztapena izatera iritsi gabe) izan daiteke<sup>65</sup>.

## 2. Mens Rea: Elementu subjektibo orokorra

Erromako Estatutuko 30. artikulua arabera, norbait penalki erantzule izateko eta krimen batengatik zigortu ahal izateko, beharrezkoa da krimena burutzeko nahia izatea eta krimenaren elementu material guztien berri izatea<sup>66</sup>. Ambosek dienez, jurisprudentziak ezarri du egileak honako bi elementu hauek bildu behar dituela: batetik, biktima taldeko kidea dela jakitea, eta bestetik, taldea suntsitzeko asmoarekin jardutea. Lehenengo elementuak mens rea orokorrari egiten dio erreferentzia; bigarrenak, berriz, taldea suntsiarazteko asmo bereziari<sup>67</sup>.

---

61. CASSESEren hitzetan, *International Criminal Law*, 134 or., In the course of the drafting of the Genocide Convention, Syria proposed an amendment designed to add a sixth class of acts of genocide: .... However, the draughtsmen rejected this proposal.

62. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 110-111 or.

63. Fiskalak Prosecutor vs. Karadzic and Mladic IT-95-18-R61 eta IT-95-5-R61, Transcript of Hearing 128. orr, 1996ko ekainaren 28koa, esan zuen bezala: ...a practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated...

64. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 111-112 or.

65. CASSESEren arabera, *International Criminal Law*, 135 or., Probably the better view is that upheld by the German Constitutional Court in Jorgic, namely that “systematic expulsion can be a method of destruction and therefore an indication, though not the sole substantiation, of an intention to destroy”.

66. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 113 or.

67. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 113-114. orr

Genozidioaren egileak bi elementu horietakoren bat ezagutzen ez badu, tipo errearen kasuan egongo ginateke, eta bere erantzukizun penala salbuetsita egongo litzateke, beti ere errore horrek genozidio-krimenak eskatutako intentzionalitate elementua desagerrarazten badu. (Estatutuko 32(1) artikulua). Ambosek honako adibide hau proposatzen du: egileak objektiboki judutar bat hiltzen badu, baina subjektiboki ez badaki biktima judutarra dela, errore horrek elementu subjektiboaren zati bat desagerrarazten du, intentzionalitatearen elementua hain zuzen ere. Ambosek proposatutako adibide horretan, berak uste du Erromako Estatutuko 32(1) artikulua eskatzen duen baldintza (erroreak intentzionalitate elementua ezabatzea) betetzen dela, eta ondorioz, erantzukizun penala salbuetsita egongo litzatekeela. Hala ere, egileak tipo-errorea badu, baina horrek ez badu intentzionalitatea ezabatzen, pertsona horrek erantzukizun penala izango du<sup>68</sup>.

“Taldeko kideen hilketa” genozidio-modalitateari dagokionez, Ambosek dio “hilketa” (“killing”) terminoa “erailketa” (“murder”) terminoa baino zabalagoa dela; izan ere, hainbat barne zuzenbideren arabera, erailketak heriotza sortzeko nahia baino zerbait gehiago eskatzen du<sup>69</sup>. Kontua da Hitzarmenaren bertsio frantsesak “meurtre” esapidea (erailketa euskaraz) erabiltzen duela, eta ingelesak, oster, “killing” (hilketa). “Killing” esapideak dolorik gabe edo doloarekin burututako hilketak barneratzen ditu. Baina doktrinak eta jurisprudentziak argi utzi duten bezala, genozidioa asmo bereziko krimena dela kontuan hartuta, ez dago inongo zalantzarik: hilketak dolozkoa izan behar du<sup>70</sup>. Zentzu berean, Cassesek dio “killing” terminoa “murder” gisa interpretatu behar dela, hau da, dolozko hilketa bezala<sup>71</sup>.

Jurisprudentziak berretsi egin du azaldutako ikuspegia. **Kayishema** kasuan, bi terminoen artean ez dagoela ezberdintasunik ezarri zuen RNAPk; izan ere, genozidioko intentzio bereziarekin batera kontsideratu behar direnez, bi kontzeptuek hilketa intentzionala edo dolozkoa izatea eskatzen dute<sup>72</sup>. Horiek horrela, eta RNAPk **Kamuhanda** kasuan berretsi duen bezala, hilketak (“killing”) dolozkoa izan behar du, baina ez du zertan aurrez-pentsatua izan<sup>73</sup>.

Taldearen suntsitze fisikoa ekarriko duten existentzia-baldintzak taldeari nahita ezartzeari erreparatuz, pentsa daiteke Hitzarmena idatzi zutenean egileek “deliberately” esapidea barneratu zutenean, ez ziotela intentzio orokorrari bakarrik erreferentzia egin nahi; hau da, aurretiazko plan edo hausnartzea (frantsesez “préméditation”) egon behar zela adierazi nahi zutela. Baina Ambosek dioten bezala, “deliberately” esapideak intentzio orokorraren elementuari bakarrik egiten dio erreferentzia; izan ere, itzulpen

68. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 114. or

69. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 114-115 or.

70. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 152 or.

71. CASSESEren hitzetan, *International Criminal Law*, 133 or., “killing” must be interpreted as “murder”, i.e. voluntary or intentional killing.

72. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 104. paragrafoa, 1999ko maiatzaren 21ekoa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

73. Prosecutor vs. Kamuhanda ICTR-99-54-T epaiko 632. paragrafoan, 2004ko urtarrilaren 22koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batek dioten bezala, there is no requirement to prove a further element of premeditation in the killing.



espainiar eta frantsesean “intencional” eta “intentionnelle” gisa jaso dute, hurrenez hurren<sup>74</sup>. Beraz, taldearen suntsitzea ekarriko duten existentzia-baldintzak NAHITA ezartzea dioenean, portaerak dolozkoa izan behar duela adierazi nahi du.

Taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurrien kasuan, neurri horiek jaiotzak ekiditeko helburua izan behar dute, eta nahikoa da partzialki ekiditeko helburua izatea<sup>75</sup>. Horregatik, Amboson ustez, jaiotzak kontrolatzeko programa publikoak jaiotzak (partzialki) ekiditera zuzenduta egon arren, borondatezkoak direnean, ez dira genozidioaren modalitate honetan sartzen. Derrigorrezkoak direnean ere (bikote bakoitzak ume bakarra izateko txinatar politika adibidez), ez direla genozidioa uste du, neurrien sustatzaileek ez baitute taldea suntsitu nahi<sup>76</sup>.

### 3. Mens Rea: Elementu subjektibo berezia

Jada askotan azaldu dugun bezala, babestutako taldeetako bat suntsitzeko asmo berezia izatea beharrezkoa da egilearen portaera genozidiotzat jotzeko. Asmo bereziko krimenetan, *actus reus*-a burutzean, oinarritzko krimena burutzeko asmo kriminalarekin batera, asmo kriminal larriagotua izan behar du egileak<sup>77</sup>. Ambosek teoria kognitibista aipatzen du, zeinaren arabera, kasu zehatz batean asmo berezia dagoela esateko, nahikoa den egileak *actus reus*-a osatzen duten elementuak ezagutzea. Teoria horretan oinarrituta, Ambosek dio hainbat aditu genozidioaren muga subjektiboa murrizten saiatu direla eta ezagutzan oinarritutako interpretazioa defendatu dutela<sup>78</sup>.

Baina zer dio jurisprudenziak<sup>79</sup> RNAPk honela definitu zuen “asmo berezia” **Akayesu** kasuan: “egilea modu argian ekintza sortzen saiatzea edo ekintza sortzeko asmo argia izatea”<sup>80</sup>. **Kambanda**<sup>81</sup> eta **Kayishema**<sup>82</sup> kasuetan ere zentzu berean mintzatu zen RNAP. JNAPri dagokionez, **Jelistic** kasuan, ekintzen izaera diskriminatorioarekin lotu zuen asmo berezia, hau da, biktimak talde jakin bateko kide izateagatik aukeratzearekin<sup>83</sup>. Eskatutako intentzio-mailari dagokionez, JNAPk arbuiatu egin

74. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 115-116 or.

75. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 116 or.

76. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 116 or.

77. TRIFFTERERek dioen bezala, ...so-called crimes with an extended mental element. TRIFFTERE-Ren hitzak AMBOSen *Estudios del Derecho Penal Internacional* liburutik hartuak, 117 or. CASSESEren hitzetan, *International Criminal Law*, 137 or., aggravated criminal intention

78. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 117-118 or.

79. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 118-119 or.

80. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 497. eta 518. paragrafoak, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanztziako Saletako batena.

81. Prosecutor vs. Kambanda ICTR-97-23-S epaiko 16. paragrafoa, 1998ko irailaren 4koa, RNAPko 1. Instanztziako Saletako batena.

82. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 89. paragrafoa, 1999ko maiatzaren 21ekoa, RNAPko 1. Instanztziako Saletako batena.

83. Prosecutor vs. Jelistic IT-95-10-T epaiko 67. paragrafoa, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instanztziako Saletako batena.



zituen ezagutza hutsean oinarritutako interpretazioak, eta RNAPk Akayesu kasuan garatutako interpretazioa erabili zuen<sup>84</sup>. Horrela, JNAPko Lehen Instantziako Salak egilea genozidioari dagokionez errugabea zela ezarri zuen Jelisic kasuan, eta, horretarako, honako argudio hau erabili zuen: “egileak arbitrarioki hil zituela biktimak, eta ez taldea suntsitzeko asmo argiarekin”<sup>85</sup>. Beraz, “asmo berezia”ren kontzeptu hertsia erabili zuen, eta Apelazio Salak kontzeptu horren erabilera berretsi zuen.

**Krstic** kasuan ere, JNAPk “asmo berezia”ren kontzeptu hertsia alde egin zuen. Genozidio-ekintza kolektiboa eta ekintza kolektibo horretan parte hartzen duen bakoitzaren ekintza indibidualak bereizi zituen. Genozidio-ekintza kolektiboan parte hartzen dutenek asmo ezberdina izan dezakete, eta, horietako bakoitzari genozidioa egotzi ahal izateko, horietako bakoitzak taldea suntsitzeko asmoa izan behar du<sup>86</sup>. Beraz, egileek genozidioa burutzeko asmoa zutela esateko, ez da nahikoa biktimak suntsitu nahi den taldeko kideak izateagatik aukeratu izana. Ez da nahikoa, halaber, taldea suntsitzeko aukera zegoela aurreikusi izana. Hortaz, taldea osorik edo zati batean suntsitzeko helburua duten ekintzak baino ez dira sartzen genozidioaren barruan<sup>87</sup>.

Behin jurisprudentziak “asmo berezia”ren kontzeptu hertsia erabiltzen duela ikusita, asmo berezi hori nola frogatu aztertuko dugu; izan ere, ez da batere erraza, eta hainbat arazo sorrarazi ditu. Arazoak gaintzeko, JNAPko fiskaltzak ezagutzan oinarritutako interpretazioa defendatzen du. Baina, arestian azaldu dugun bezala, RNAPk eta JNAPk ez dituzte horrelako teoriak onartu; horren ordez, frogaraz gaintzeko, izaera prozesaleko konponbideetara jo dutela dio Ambosek<sup>88</sup>.

Zeintzuk dira izaera prozesaleko konponbide horiek? Egitate eta inguruabar objektiboetan, lekukoen testigantzetan, etab.etan oinarritutako zantzuetatik abiatuta, ondorioak ateratzea edo inferentziak egitea. Zergatik onartu zantzu hutsetatik abiatuta ustezko egilearen asmo berezia zein izan zen ondorioztatzea? Ambosek dioten bezala, normalean ez delako frogaraz zuzenik egoten; izan ere, ustezko egileek ez dute epailearen aurrean onartuko taldea suntsitzeko asmo berezia zutenik<sup>89</sup>. Zentzu berean, Caseresen ustez, egileak taldea suntsitzeko asmoa berariaz adierazten dueneko kasuak gutxi dira<sup>90</sup>.

84. Prosecutor vs. Jelisic IT-95-10-T epaiko 86. paragrafoan, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena, The Akayesu Trial Chamber found that an accused could not be found guilty of genocide if he himself did not share the goal of destroying in part or in whole a group even if he knew that he was contributing to or through his acts might be contributing to the partial or total destruction of the group.

85. Prosecutor vs. Jelisic IT-95-10-T epaiko 108. paragrafoa, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

86. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 549. paragrafoa, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

87. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 561. eta 571. paragrafoak, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

88. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 120-121 or.

89. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 120-121 or.

90. Eta kasu horietako bat dugu, CASSESEren arabera, *International Criminal Law*, 142 or., 1942ko urtarrilaren 20an, europar judutarrek desagerrarazteko plana lortzeko Wanseen izandako elkarrizketa, zeinaren ziriborroa Eichmann-ek prestatu zuen.

- \* JNAPk zantzuen metodoa erabili zuen **Karadzic eta Mladic** kasuan, eta hainbat egitateri erreferentzia egin zien: adibidez, egitate espezifikoak sortzea ahalbidetu zuen politika orokorraren doktrinari, edo proiektu eta diskurtsoen efektu konbinatuari, eta abarri<sup>91</sup>.
- \* **Akayesu** kasuan ere, RNAPk egitatezko presuntzioetara jo zuen, adibidez portaren burutzapenaren inguruabar orokorrera, basakeria-mailara, etab.<sup>92</sup>.
- \* **Jelusic** kasuan, “hainbat egitate eta inguruabar” hartu zituen kontuan JNAPk, besteak beste, ekintzak talde beraren aurka burutzea, basakeria-maila, testuinguru orokorra, eta egilearen deklarazioak<sup>93</sup>. Dena dela, diskriminatzeko helburua frogatzeko erabili zituen zantzu horiek, ez taldea suntsitzeko helburua frogatzeko<sup>94</sup>.
- \* **Krstic** epaian, egileak genozidioa burutzeko xedea zuela frogatzeko, aldi berean eraikin kultural eta erlijiosoen eta taldeko kideen etxebizitzan aurka burututako erasoak erabili zituen JNAPk zeharkako froga gisa. Oro har, eremu geografiko batean babestutako talde baten aurka burututako ekintzak –kasu honetan bosniar musulmanak ziren 7000 edo 8000 gizonezko Srebrenican zazpi eguneko epean hiltzea– egileen asmo berezia frogatzen duten zantzu garrantzitsuak dira<sup>95</sup>. Gainera, Apelazio Salak adierazi zuen froga ziurrik ezean krimenaren inguruabar faktikoetatik ondoriozta daitekeela genozidioa gauzatzeko helburua. Inguruabar faktikoetan oinarrituta, bosniar musulmanen hilketak genozidio helburuarekin burutu zela ezarri zuen JNAPk. Hala ere, inguruabar horietatik abiatuta JNAPk ezin izan zuen frogatutzat jo Krstic-ek genozidioa burutzeko helburua zuenik; besterik gabe Krstic-ek ejertzitoko goi kargu batzuek helburu hori zutela zekiela bakarrik jo zuen frogatutzat. Ondorioz, genozidioa burutzen laguntzeagatik eta hori eragiteagatik zigortu zuten<sup>96</sup>.

---

91. Prosecutor vs. Karadzic and Mladic IT-95-18-R61 eta IT-95-5-R61.

92. Prosecutor vs. Akayesu ICTR-96-4-T epaiko 523-534. paragrafoetan, 1998ko irailaren 2koa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batek dioten bezala, on the issue of determining the offender's specific intent, the Chamber considers that intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact.

93. Prosecutor vs. Jelusic IT-95-10-T epaiko 73. paragrafoa, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

94. Prosecutor vs. Jelusic IT-95-10-T epaiko 73. paragrafoa, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

95. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 580., 594, eta 598. paragrafoak, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena. 580. ari dagokionez, the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group.

96. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-A epaia, 134. eta 135. paragrafoak, 2004ko apirilaren 19koa, JNAPko Apelazio Salarena.

### 3.1. “Suntsitzea”

Nazioarteko Zuzenbidearen Komisioak eta doktrinaren zati batek “suntsitze” terminoaren interpretazio hertsia defendatzen dute: taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzea<sup>97</sup>. Horretarako, honako argudio honetan oinarritzen dira: NAPko Estatutua idatzi zutenek Estatutuko 6. artikulutik kanpo utzi zituzten genozidio kulturalako ekintzak. Zer dio jurisprudentiak “suntsitze” terminoari buruz? **Krstic** epaian, aipatutako interpretazio hertsia alde egin zuen JNAPk<sup>98</sup>. Ildo berean, **Stakic** kasuan, JNAPk esan zuen suntsitze fisikoa eta taldea disolbatze hutsa bereizi behar direla<sup>99</sup>.

Baina interpretazio hertsia hori bateragarria al da Genozidioaren aurkako Hitzar-menarekin? Ambosiek Alemaniako Auzitegi Gorenaren eta Konstituzio Auzitegiaren interpretazioak aipatzen ditu<sup>100</sup>, zeintzuen arabera taldeko kideen existentzia fisikoa babesteaz gain, taldea entitate sozial gisa babestu nahi den genozidio krimenaren tipifikazioarekin; horrela, suntsitzeko asmoa interpretazio fisiko eta biologikoaz haratago doa<sup>101</sup>. Ambosen arabera ere, Erromako Estatutuko egileek genozidio kulturala genozidio modalitate gisa Estatutuan barneratu ez izanak ez du esan nahi –Krstic epaian JNAPk gaizki interpretatu duen bezala– “suntsitze” terminoaren interpretazio hertsia nagusitu behar denik. Izan ere, genozidio-modalitate gisa ez barneratzeak actus reus-aren eremuan du eragina, baina ez mens rea-ren eremuan<sup>102</sup>.

Seigarren Komisioko elkarrizketetan, Pakistango delegazioak honako hau esan zuen: ekialdeko kultura nagusitzen deneko herrialde gehienetan, liburu sakratuak eta kultuko lekuak babestea norberaren bizitza babestea baino garrantzitsuagoa da, baina mendebaldeko kulturak ez zuen hori behar bezala baloratzen, materialismo filosofikoak ez zielako bizitza izpiritualaren garrantziaz jabetzen uzten. Graven autorearen arabera, berriz, akats handia litzateke Hitzarmen berean zigortzea gas ganberan masan eging-dako hilketak eta liburutegiak itxia<sup>103</sup>.

---

97. AMBOSek, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 124 or., ILC Report on the Work of its Forty-Eight Session (1996ko maiatzaren 6tik uztailaren 26ra bitartekoa) delakoaren 90. orrialdean jasotako honako hitz hauek aipatzen ditu: “Como demostraron claramente los trabajos preparatorios para la Convención, la destrucción de referencia es la aniquilación material de un grupo ya por medios físicos, ya por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular”.

98. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 580. paragrafoa, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena.

99. Prosecutor vs. Stakic IT-9/2-5 epaiko 510. paragrafoan, 2003ko uztailaren 31koa, JNAPko 1. Instanziako Saletako batena, acts having as their purpose forceful departure or dispossession rather than physical destruction cannot be qualified as acts of genocide.

100. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 125 or.

101. Bundesverfassungsgericht-aren (Alemaniako Konstituzio Auzitegiaren) hitzetan, AMBOSen *Estudios del Derecho Penal Internacional* liburutik hartuak: ...text of the law does not ... compel the interpretations that culprit's intent must be to exterminate ... physically ... members of the group”.

102. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 125-126 or.

103. Pakistango delegazioaren ikuspuntua eta GRAVEN autorearen hitzak GRAVENen *Les Crimes contre l'Humanité* liburutik hartuak, 69-70 or. GRAVENen hitzetan, n'y aurait-il pas une erreur de perspective logique dans le fait de faire figurer dans la même Convention le meurtre en masse dans les chambres à gaz et la fermeture des bibliothèques?

Baina Gravenek liburutegiak ixtea aipatzen duenean, Ambosik ikusarazitako akatsa egiten ari da; izan ere, mens rea delakoa eta tipoaren elementu subjektibo berezia nahasten ditu. Ambosik esan bezala, genozidio kulturala ez dago genozidio-modalitateen artean jasota, beraz liburutegiak ixtea ez litzateke genozidio-ekintza. Kontua da gerta litekeela pertsona batek talde jakin baten liburutegiak ixteko asmoa edo hizkuntza debekatzeko asmoa edo genozidio kulturala osatzen duten bestelako ekintzak burutzeko asmoa izatea, baina hori lortzeko genozidio-modalitate gisa jasotako ekintzetako bat burutzea, adibidez taldeko kideak hiltzea. Kasu horretan, egileak ez du taldea fisikoki suntsiarazi nahi, hilketaren bidez taldeak bere hizkuntza ez erabiltzea lortu nahi du adibidez; baina ez taldeko kide guztiak hilda, baizik eta batzuen heriotzak taldeko besteengan eragina izateko nolabaiteko mehatxu gisa.

Ambosen ikuspuntu hori guztiz logikoa iruditzen zaidan arren, genozidioaren tipifikazioarekin babestu nahi den ondasun juridikoa kontuan hartuta, suntsitze terminoaren interpretazio hertsia aldea naiz. Izan ere, giza-taldea jakinen existentzia da genozidioan babestutako ondasun juridikoa, eta taldeko kide batzuen hilketak beste kideek taldeko hizkuntzan hitz egitea ekiditeko erabiltzea zigortuz gero, ez genuke taldearen existentzia bera babestuko; horren ordez, taldearen eskubide kulturalak babestuko genituzke. Inolako zalantzarik gabe, taldeen eskubide kulturalak babestu behar direla uste dut, baina genozidioan babestutako ondasun juridikoa kontuan hartuta, ez zait bidezkoa iruditzen helburu horrekin burututako portaerak genozidio gisa kalifikatzea. Are gutxiago gizateriaren aurkako krimen gisa kalifikatzeko aukera dagoela kontuan hartuta.

### 3.2. “Oso-osorik edo zati batean”

Zer esan nahi du taldea partzialki suntsitzeak? Ez dagoenez guztiz argi, hainbat galdera sortzen zaizkigu. Jarraian, Ambos autoreak landutako hiru galdera aztertuko ditugu: taldeko kide asko hil behar al dituzte taldea partzialki suntsitzeko helburua dagoela ondorioztatzeko? Nahikoa litzateke taldeko kide garrantzitsu batzuk hiltzearekin? Aski da taldearen zati baten barruan kide kopuru handia hiltzea?<sup>104</sup>

Lehenengo galderari dagokionez, beharrezkoa da taldeko kide kopuru handia hiltzeko asmoa izatea taldea zati batean suntsitzeko helburua dagoela ulertzeko? Hala ulertu izan du RNAPk, besteak beste **Kayishema**<sup>105</sup> eta **Bagilishema**<sup>106</sup> kasuetan; eta “norbanako kopuru nabarmena”ri egin izan dio erreferentzia. Nazioarteko Zuzenbide Batzordeak berak esan zuen ez dela beharrezkoa taldea munduko bazter guztietatik

---

104. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 126-127 or.

105. Prosecutor vs. Kayishema ICTR-95-1-T epaiko 97. paragrafoan, 1999ko maiatzaren 21ekoa, RNAPko 1. Instanziako Saletako batena, “in part” requires the intention to destroy a considerable number of individuals who are part of the group.

106. Prosecutor vs. Bagilishema ICTR-95-1A-T, 2001eko ekainaren 7koa, 64. paragrafoan (3. Kapitulu II. Tituluko), RNAPko 1. Instanziako Saletako batena, the Chamber considers that the intention to destroy must target at least a substantial part of the group.

desagerrarazteko asmoa izatea<sup>107</sup>. Ildo horretatik, **Jelusic**<sup>108</sup> eta **Krstic**<sup>109</sup> epaietan, taldea eremu geografiko jakin batean desagerrarazteko asmoa izatea nahikoa dela esan zuen JNAPk. **Krstic** kasuarekin jarraituz, Lehen Instantziako Salak ezarri zuen “taldearen zati jakin bat suntsitzeko” asmoa izatea beharrezkoa dela; hau da, ez da nahikoa taldearen barruko norbanako bakan batzuen aurka jardutea. Gainera, egileak pentsatu behar du suntsitu nahi duen zatia “taldearen barruko entitate nahastezin bat” dela<sup>110</sup>. Apelazio Salak berretsi zuen irizpide kuantitatiboa baldintza garrantzitsua zela. Halaber esan zuen eraso jasan duten norbanakoen kopurua talde osoaren tamainaren arabera baloratu behar dela eta azken erabakia kasuz kasu hartu behar zela<sup>111</sup>.

Bigarren galderari erreparatuz, Ambosek Whitaker Txostena aipatzen du<sup>112</sup>, zeinaren arabera, nahikoa litzateke eraso taldeko kide garrantzitsu batzuen aurka zuzentzearekin; izan ere, buruzagiek taldearen zati garrantzitsu bat osatzen dute, gutxi izan arren<sup>113</sup>. JNAPk ere **Karadzic eta Mladic** aurkako kasuan irizpide hori jarraitu du<sup>114</sup>. Dena dela, taldeko buruzagiak suntsitzeko helburuarekin burututako ekintza aislatua bada, genozidioa burutzeko asmoa dagoela esan daiteke? Ambosen ustez, ekintza jakin horrek taldean duen eragina aztertu beharko da genozidioa burutzeko asmoa dagoen edo ez erabakitzeko. Horrela, ekintzak taldearen existentzian eragin larriak baditu bakarrik uler daiteke genozidioa burutzeko helburua dagoela<sup>115</sup>. Gil Gilen iritziz, ez da egokia esatea buruzagiaren hilketaren bidez genozidioa burutu daitekeela, eta taldeko kide bakar baten heriotza genozidioa kontsidera daiteke, baldin eta egileak horrelako ekintzak taldeko beste kideengan errepikatzea pentsatuta badu<sup>116</sup>.

---

107. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 127 or.

108. Prosecutor vs. Jelusic IT-95-10-T epaiko 83. paragrafoan, 1999ko abenduaren 14koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena, The Trial Chamber notes that it is accepted that genocide may be perpetrated in a limited geographic zone.

109. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 560. eta 589. paragrafoak, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

110. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 590. paragrafoa, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

111. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-A epaia, 12. paragrafoan, 2004ko apirilaren 19koa, JNAPko Apelazio Salarena, the number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group.

112. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 128-129 or.

113. GIL Gilen arabera, *El Genocidio y otros crímenes internacionales*, 149 or., se trata de un informe encargado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos, al relator especial Benjamin Whitaker, sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio.

114. Prosecutor vs. Karadzic and Mladic IT-95-18-R61 eta IT-95-5-R61, Transcript of hearing, 1996ko ekainaren 27koa, 24 or., to quote the official report of a UN expert on genocide, “a reasonably significant number, relative to the total of the group as a whole, or else a significance section of a group such as its leadership”.

115. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 129 or.

116. GIL Gil, *Comentarios al Código Penal*, 1992-1993 or.

Hirugarren eta azken galdera **Krstic** kasuan sortu zela dio Ambosek<sup>117</sup>. Kasu horretan, JNAPk honako hau erabaki behar izan zuen: bosniar musulmanak ziren eta ejertzitoen zerbitzatzeko adinean zeuden Srebrenicako gizonaekoa ea “bosniar musulmanen taldearen barruko zati nahikoa ziren edo ez” horiek suntsitzeko asmoa taldea osorik edo zati batean suntsitzeko asmoa zegoela ulertzeko<sup>118</sup>. JNAPk baietz erabaki zuen; izan ere, bosniar-serbiar indarrek bazekiten suntsitze selektibo horrek taldean eragin iraunkorra izango zuela<sup>119</sup>. Zergatik? Tradizionalki patriarkala izan den gizarte batean gizonaekoen bi edo hiru belaunaldi desagertzeak izango zuen eraginaren berri zutelako. Nahikoa da indar bosniar-serbiarrek jakitea hilketa horien –emakumeak, umeak eta pertsona edadetuak derrigorrez lekuz mugitzearekin batera– ondorio ekidinenezina Srebrenicako bosniar musulmanen taldea desagerraraztea izango zela<sup>120</sup>.

Baina babestutako talde baten zein tamainatako zatia izan behar da babesa-ren objektu izateko? Srebrenicako kasuan, JNAPk murrizketa bikoitza egin zuen: Srebrenicako bosniar musulmanak bosniar musulmanen taldearen zati bezala kontsideratu zituen; eta, bigarrenik, Srebrenicako bosniar musulmanen barruan ginonezkoak taldetzat jo zituen. Are gehiago, bosniar musulmanak taldetzat hartu zituen, musulmanen barruko zatitzat hartu beharrean<sup>121</sup>. Baina, Ambosek dioten bezala, aurreko paragrafoan defendatutako ikuspuntua ez da zuzena<sup>122</sup>. Izan ere, Apelazio Salaren arabera, Lehen Instantziako Salak ez zituen “Srebrenicako bosniar-musulman gizonaekoa” Srebrenicako bosniar-musulmanen zati bezala ulertu; egileek Srebrenicako bosniar-musulman guztien kontrako genozidio helburua zutela inferitzeko zantzu edo aztarna gisa erabili zuen Srebrenicako bosniar-musulman gizonaekoen hilketa<sup>123</sup>. JNAPko Apelazio Salak esan zuen bezala, Krstic zigortzeko oinarria ez zen taldearen murrizketa bikoitza izan, baizik eta Srebrenicako bosniar-musulman gizonaekoen hilketa aztarna gisa erabili izana. Ondorioz, talde baten zati baten zati garrantzitsu baten aurkako eraso ez da nahikoa genozidioa burutzeko helburua dagoela esateko, baina zantzu garrantzitsua izan daiteke taldea osorik edo zati batean suntsitzeko helburua dagoela inferitzeko<sup>124</sup>.

117. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 129 or.

118. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 591. paragrafoa, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

119. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 592. paragrafoa, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena.

120. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-T epaia, 595. paragrafoan, 2001eko abuztuaren 2koa, JNAPko 1. Instantziako Saletako batena, the Bosnian Serb forces could not have failed to know, by the time they decided to kill all the men, that this selective destruction of the group would have a lasting impact upon the entire group... Furthermore, the Bosnian Serb forces had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society.

121. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 130- orr.

122. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 130-131 or.

123. Prosecutor vs. Krstic IT-98-33-A epaia, 19. paragrafoan, 2004ko apirilaren 19koa, JNAPko Apelazio Salarena, the Trial Chamber treated the killing of the men of military age as evidence from which to infer that Radislav Krstic and some members of the VRS Main Staff had the requisite intent to destroy all the Bosnian Muslims of Srebrenica, the only part of the protected group relevant to the Article 4 analysis.

124. AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, 130-131 or.

## GENOZIDIO DELITUA ESPAINIAKO ZIGOR KODEAN. ENTZUTEGI NAZIO-NALEKO JURISPRUDENTZIA

Espainiar Zigor Kodeko XXIV. Tituluak Nazioarteko Erkidegoaren aurkako delituak jasotzen ditu, eta genozidio delitua zigortzen duen 607. artikulua Titulu horretako II. Kapituluari dago jasota. Espainiako Zigor Kodean eta nazioarteko arauketan genozidio delitua modu ezberdinetan dago araututa. Genozidio modalitateei dagozkien ezberdintasunak dira (tipo objektiboari dagozkionak); baina, ikusiko dugun bezala, horiek eragina dute delituaren tipo subjektiboan.

### 1. Tipo objektiboa

#### 1.1. Subjektu aktiboa

Genozidioaren aurkako Hitzarmenean bezala, Zigor Kodeak ez du delitu berezi gisa jasotzen genozidio delitua. Horren harira, Genozidioaren aurkako Hitzarmenaren prestaketan, Estatu delituaren subjektu aktibo (aktiboa edo pasiboa: egin edo egiten utziz) bezala agertu behar zen edo ez eztabaidatu zela dio Gil Gilek<sup>125</sup>.

Autore horren iritziz, ondo dago Estatuaren erreferentzia sartu ez izana<sup>126</sup>. Zergatik? Horrela, delitu bereziek dakartzaten arazoak ekiditen direlako. Baina, bere ustez, doktrinaren gehiengoari jarriki<sup>127</sup>, horrek ez du esan nahi ezin denik mugatu genozidio delitua Estatuak edo botere publikoak *de facto* ekintzan parte-hartzen edo ekintza toleratzen duen kasuetara. Idatzita ez egon arren, babestutako ondasun juridikoaren izaeratik eta nazioarteko delituaren kontzeptutik eratortzen baita hori; izan ere, oso zaila iruditzen zaio partikular batzuek talde bat suntsitzeko asmoarekin, eta Estatuaren parte-hartze edo tolerantziarik gabe, genozidio ekintzak burutzea.

#### 1.2. Subjektu pasiboa

Kontuan hartuta subjektu pasiboa ondasun juridikoaren titularra dela eta genozidio delituaren bidez babestu nahi den ondasun juridikoa giza talde jakin batzuen existentzia dela, ondoriozta dezakegu genozidio delituaren subjektu pasiboa taldea dela, suntsitu nahi den taldea osatzen duten indibiduen multzo gisa ulertuta<sup>128</sup>. Beraz, genozidio delituan subjektu pasiboa eta akzioaren objektua ezberdinak dira<sup>129</sup>.

Taldearen kontzeptuari dagokionez, gogora dezagun Hitzarmenean babestutako taldeak arrazazkoak, etnikoak, nazionalak eta erlijiosoak direla. Gaur egun, Espainiako

125. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 201-203 or.

126. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 201-203 or.

127. SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, besteak beste, *Delincuencia política internacional: especial consideración del delito de genocidio*, 132 or., iritzi horretakoa da. QUINTANO RIPOLLÉS-en ustez, berriz, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, 652 or., zaila izan arren, posible da Estatuaren interbentziorik gabe genozidioa burutzea.

128. SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, *Delincuencia política internacional: especial consideración del delito de genocidio*, 142 or.

129. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 203 or.



Zigor Kodeko arauketa bat dator Konbentzioak dioenarekin. 1973ko Zigor Kodeko 137 bis artikuluko arauketan, berriz, ez. Batetik, arrazako taldea esan beharrean, talde soziala zioen, eta kontzeptu oso zehaztugabea eta zabalegia zela kritikatzeko zuten. Bestetik, talde nazional etnikoa zioen (bien arteko komarrik gabe); eta horrek inolako justifikaziorik gabeko mugaketa suposatzen zuela kritikatzeko zuten.

Aipatzekoa da 2010eko erreformaz geroztik, genozidio delituan babestutako taldeei dagokienez, espainiar Zigor Kodea ez datorrela bat nazioarteko arauketarekin: arraza, etnia, naziokotasun eta erlijioan oinarritutako taldeez gain, orain “bere kideen ezgaitasunarengatik zehaztutako taldeak” ere babesten ditu. Baina kontuan hartu behar dugu, Gil Gilek dioen bezala, genozidio delituaren helburua ez dela arrazoi diskriminatzaileengatik burututako erasoan aurrean pertsonen eskubideak babestea, baizik eta ezaugarri propioak dituzten pertsona-talde jakin batzuk babestea, zeintzuk Estatuarekin batera, nazioarteko Komunitatearen oinarria diren<sup>130</sup>.

Jada azaldu dugun bezala, talde politiko eta ekonomikoak Hitzarmenaren babesetik at geratu ziren; eta Espainiako Zigor Kodeak ere genozidio delituak eskaintzen duen babesetik kanpo utzi ditu. Baina aipatzekoa da Espainiako Entzutegi Nazionalak “talde” kontzeptuaren inguruan egindako interpretazioa. Horrela, Fernández-Pacheco Estradaren gogoetak azalduko ditugu jarraian. Autore horren arabera, Adolfo **Scilingo** militar argentinarren **kasua** Espainiako Entzutegi Nazionalak, jurisdikzio unibertsalaren printzipioa baliatuz, epaitu duen kasurik ezagunenetakoa eta eztabaidatuenetakoa dugu. Argentinako Diktadura militarreko urteetan gertatutako errepresio bortitzeko egitateak leporatu zizkieten Scilingori<sup>131</sup>. Instrukzio fasean, portaerak genozidio delituan barnebiltzen zirela ezarri zuten<sup>132</sup>. Entzutegi Nazionalak lehen instantzian emandako epaian<sup>133</sup>, berriz, Zigor Kodean gizateriaren aurkako delituak barneratu zituztela kontuan hartuta<sup>134</sup>, hala kalifikatu zituen egitateak. Epai hori helegin zuten, eta Auzitegi Gorenak, legaltasun printzipioaren urraketan oinarrituta (2003 arte Zigor Kodean figura hori ez zen existitzen), beste kalifikazio bat egin zuen: legearen aurkako atxilotak eta eraiketak, gizateriaren aurkako delituen inguruabarren barruan<sup>135</sup>.

Beraz, instrukzio fasean genozidio gisa kalifikatu zituen Entzutegi Nazionalak egitateak, baina zertan oinarrituta? Tradizionalki, Argentinako errepresio bortitza talde politiko jakin bat osatzen zutenen aurka gauzatu zela ulertzen zen, eta, dakigun bezala, genozidio delituaren bidez ez dira talde horiek babesten. Nola lortu zuen Entzutegi Nazionalak bere erabakia justifikatzea?<sup>136</sup>

130. GIL GIL, *Comentarios al Código Penal*, 1991 or.

131. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 1 or. eta hurrengoak.

132. Hala ulertu zuten Entzutegi Nazionalak hainbat autotan, besteak beste: 1998ko martxoaren 25eko autoa, 1998ko maiatzaren 11ko autoa, 1998ko azaroaren 4ko autoa.

133. 16/2005 Epaia, 2005eko apirilaren 19koa, Entzutegi Nazionalarena.

134. 2003ko azaroaren 25eko 15/2003 LOaren bidez barneratu zituzten espainiar Zigor Kodean gizateriaren aurkako delituak (607bis art.).

135. 798/2007 Epaia, 2007ko urriaren 1ekoa, Auzitegi Gorenako Penaleko Salako 1. Sekzioarena

136. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 4-11 or.



- Hasteko, egitateak burutu zirenean, espainiar Zigor Kodeak talde sozialak ere genozidio delituaren bidez babesten zituen (1971 eta 1983 bitarteko arauketa), talde horiek Genozidioaren aurkako Hitzarmenaren babesetik at zeuden arren. Eta, Fernández-Pacheco dioen bezala, argi dago talde politikoak talde sozialen barruan daudela<sup>137</sup>.
- Bigarrenik, taldea oso heterogeneoa izan arren, bere kideak modu argian ezberdinu zitezkeen. Baina zein zen beste guztiengandik bereizten zituen irizpidea? Scilingo kasuan emandako autoetan, bi tesi defendatu zituen Entzutegi Nazionalak: taldea erlijiosoa zela eta talde nazionala zela.
  - Nola arrazoitu zuen talde erlijiosoa zela? Errepresioaren azkeneko helburua (gauzatzen zutenek askotan esan zuten moduan) mendebaldeko moral kristaua mantentzea zen; horrela, erlijio kristaua jarraitzen ez zutenek osatzen zuten erasotako taldea<sup>138</sup>.
  - Nola arrazoitu zuen talde nazionala zela? Talde nazionala honela ulertu behar zela ezarri zuen Entzutegi Nazionalak: “pertsona talde nazionala, bereizitako pertsona-taldea, kolektibitate handiago batean barneratuta egon arren, ezaugarri bereizgarriak dituena”. Beraz, talde nazionalaren kontzeptu berria proposatu zuen Entzutegi Nazionalak, non talde sozial eta politikoak barneratzeko aukera dagoen<sup>139</sup>.

Baina egitateak genozidio gisa kalifikatzeak hainbat arazo zekartzan:

- Botere Judizialeko Lege Organikoko (B.JLO) 23.4 artikulua jurisdikzio unibertsalaren printzipioaren bidez Espainiak epaitu ditzakeen delitu motak zerrendatzen ditu, eta genozidioa horien artean dago. Baina lege hori 1985ekoa da, eta egitateak lehenagokoak direla kontuan hartuta, legezkotasun printzipioa eta atzeraeraginkortasun debekua urratzeko arriskua dago. Baina 1985eko legearen aurreko legeak (1970ekoa) Estatuaren kanpo segurtasunaren aurkako delituak jurisdikzio unibertsala erabil zitekeeneko delituen artean kokatzen zituen, eta genozidioa Zigor Kodeko kapitulu horretan barneratu dute. Beraz, ez legoke inolako arazorik<sup>140</sup>.
- Fernández-Pachecoren arabera, ezinezkoa litzateke Zigor Kodea 1983an idatzita zegoen moduan aplikatzea, hau da, talde sozialak delituaren biktima gisa jasota. Zergatik? Onuragarriagoa den lege penalaren atzera eraginaren printzipioa urratuko lukeelako<sup>141</sup>.

---

137. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 5 or.

138. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 6 or.

139. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 6-7 or.

140. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 8 or.

141. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 8-9 or.

- Taldea talde erlijioso bezala identifikatzeari dagokionez, irizpide negatiboa erabili zuen Entzutegi Nazionalak: doktrina erlijioso ofiziala jarraitzen EZ zutenak ziren biktimak. Baina irizpide horrek ez du onarpenik izan nazioarteko auzitegietan, eta ez dute aplikatu<sup>142</sup>. Gainera, Auzitegi Gorenak esan zuen bezala, ez zen frogatu irizpide erlijiosoa (bakarrik edo beste batzuekin batera) biktima guztiak identifikatzen zituen ezaugarria zenik<sup>143</sup>.
- Argentinako kasuan taldea talde nazionalen barruan barneratzearen ondorioz “autogenozidio” delakoa onartzeak dakartzan arazoak ere garrantzitsuak dira. Fernández-Pachecoren arabera (Auzitegi Gorenaren epaiak aukera hori espresuki baztertu arren<sup>144</sup> eta nazioarteko jurisprudentzian aurrekaririk ez egon arren), genozidioaren definizio legalean ez dago modalitate hori debekatzen duen ezer. Autore berari jarraiki, tesi horrek honako hauek onartzea dakar: autogenozidioa onartzeaz gain, talde nazional horren zati bat bakarrik suntsitzeko helburuarekin ere genozidioa burutu daitekeela (izan ere, erasoak ez ziren Argentinaz naziokotasuna zuten guztien aurka zuzendu). “Osorik edo zati batean” esapideak interpretazio hori ahalbidetzen du<sup>145</sup>, baina, nazioarteko jurisprudentziak eta doktrinak argi utzi duten bezala<sup>146</sup>, Fernández-Pachecok dioen bezala, “zati batean” esapidearen helburua ez da irizpide berriak barneratzea (talde nazional baten barruan naziokotasuna ez den beste elementu batek bereizten dituen pertsona-taldea suntsitzea EZ da talde nazionala zati batean suntsitzea), baizik eta, izatekotan, irizpide geografikoetara mugatzea (adibidez Srebreničako kasua).

Azkeneko interpretazio horren inguruan, Gil Gilen hitzak hartuko ditugu kontuan. Autore horri jarraiki, naziokotasun bereko pertsonen hilketa masiboa burutzen bada –baina talde suntsitzeko asmorik gabe– gizateriaren aurkako delitu gisa zigortu daiteke; ez, ordea, genozidio bezala. Eta erregimen politiko jakin bat ez onartzeagatik bere naziokotasuneko kideak hiltzen dituen pertsonak EZ du osorik edo zati batean talde nazionala suntsitu nahi. Beraz, suntsitu nahi den taldea ez da talde nazionala, baizik eta talde nazionalaren barruko azpitaldea. Eta azpitalde horren ezaugarri komuna ez da

---

142. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 9 or.

143. 798/2007 Epaiko 10. oinarri juridikoan, 2007ko urriaren 1ekoa, Auzitegi Goreneko Penaleko Salako 1. Sekzioak dioen bezala, aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo era precisamente la religión.

144. 798/2007 Epaiko 10. oinarri juridikoan, 2007ko urriaren 1ekoa, Auzitegi Goreneko Penaleko Salako 1. Sekzioak dioen bezala, no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo.

145. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 10-11 or.

146. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADAK, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal”, 10-11 or., besteak beste, Krstić kasua eta Auzitegi Goreneko 798/2007 Epaiko 4. Oinarri Juridikoa aipatzen ditu

naziokotasuna, baizik eta erregimenaren aurkako oposaketa<sup>147</sup>. Talde nazionala honela defini daiteke: Estatu bereko kide izateagatik naziokotasun bera duten pertsonen taldea. Baina baita zentzu material batean ere: Estatu batekin ez identifikatu arren, herri bat osatzen duten pertsonen taldea<sup>148</sup>. Hori onartzen duen arren, Gil Gilen arabera, ezingo da talde nazionaltzat jo ezaugarri sozial, ideologiko edo identitate nazionala ez den bestelako ezaugarrietan oinarritzen den taldea<sup>149</sup>.

Fernández-Pachecori eta Gil Gili bezala, “talde nazionala zati batean” suntsitzeko asmoa bestelako irizpideetan oinarritutako taldeak genozidio delituaren babespean sartzeko ezin dela erabili iruditzen zait. Beste kontu bat da eztabaidatzea bidezkoa den edo ez Genozidioaren aurkako Hitzarmenean jasotako lau taldeak bakarrik babestea eta bestelakoak kanporatzea. Bukatzeko, talde nazionalei dagokienez, Garzón epaileak esan zuen bezala: “*es evidente que existen grupos con identidad nacional propia dentro de una misma nación*”<sup>150</sup>. Horrela, Estatu batekin ez identifikatu arren, herri bat osatzen duten pertsonen taldea izan daiteke talde nazionala.

### 1.3. Genozidio-modalitateak

Jarraian espainiar Zigor Kodean jasotako genozidio-modalitateak aztertuko ditugu, hiru taldetan sailkatuta: genozidio fisikoaren barruko modalitateak, genozidio biologikoaren barruko modalitateak, eta azkenik espainiar Zigor Kodean bakarrik jasotako modalitateak (hau da, nazioarteko arauketan aurreikusita ez daudenak).

#### 1.3.1. Genozidio fisikoa

##### a) Taldeko kideen hilketa

Gil Gil autorearen hitzetan, besteen artean nagusi den genozidio modalitatea da<sup>151</sup>. Bestalde, Ambosekin bat dator, eta, taldea suntsitzeko modua denak hiltzea izan arren, delitua kontsumatzeko hilketa bakarrarekin nahikoa dela uste du<sup>152</sup>.

Espainiako Zigor Kodearen berezitasunei dagokienez, hilketa burutzerakoan bi edo astungarri gehiago egoteak zigorrean izango duen eragin zehatza jasotzen du 607.1.1.II artikulua<sup>153</sup>. Gil Gilen ustez, hilketa bi edo astungarri gehiagorekin burutzea

147. GIL GIL, *El Genocidio y otros crímenes internacionales*, 149-150 or.

148. 1998ko martxoaren 25eko Entzutegi Nazionalako Autoan, Garzónen hitzetan, es evidente que existen grupos con identidad nacional propia dentro de una misma nación.

149. GIL GIL, *El Genocidio y otros crímenes internacionales*, 150 or.

150. 1998ko martxoaren 25eko Entzutegi Nazionalako Autoa.

151. GRAVENen hitzetan, *Les Crimes contre l'Humanité*, 71 or., L'homicide ou le meurtre lui-même n'était évidemment pas contesté, puisqu'il constitue par essence même le génocide.

152. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 206-207 or.

153. RODRÍGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ autoreek, *Derecho Penal Español: parte especial*, 661 or., Zigor Kode berriak barneratutako aldaketa gisa jasotzen dute. Ildo beretik, BELTRÁN BALLESTER, “El delito de genocidio”, 1 or. eta hurrengoak.

aurreikusia izana justifika dezakeen arrazoi bat honako hau izan daiteke<sup>154</sup>: Zigor Kodeko 139. artikuluko bi inguruabarrekin burututako erailketaren zigorra (20 eta 25 urte bitarteko espetxe-zigorra, Zigor Kodeko 140. artikulua arabera) ez zedin izan bi inguruabar astungarriekin burututako genozidioa baino handiagoa. Genozidio delituaren zigorra, 15 eta 20 urte bitarteko espetxealdi zigorra dela kontuan hartuta, eta Zigor Kodeko 66.1.3. artikulua bi astungarri daudenean pena goiko erdian ezartzea agintzen duela kontuan hartuta, arau orokorrei jarraiki, bi astungarriekin burututako genozidioak 17 urte eta 6 hilabetetik 20 urte bitarteko espetxealdi zigorra izango luke (139. artikuluko bi inguruabarrekin burututako erailketak (140. artikuluan aurreikusia), berriz, 20 eta 25 urte bitarteko espetxealdi zigorra). 607.1.1.II artikuluko arau bereziaren aplikazioz, berriz, zigorra gradu batean handitu behar denez, 20 eta 30 urte bitarteko espetxe-zigorra ezar daiteke.

Baina horrek ez du espainiar legegilearen jarrera justifikatzen; izan ere, genozidio delituan, inguruabar astungarri guztiak sartu ditu, ez bakarrik erailketa burutu dela esan ahal izateko Zigor Kodean jasota dauden hiru astungarriak<sup>155</sup>. Erailketaren zigorra bi inguruabar astungarriekin burututako genozidioa baino larriagoa ez izatea lortzea bazen legegilearen helburua, Gil Gilek proposatzen duen bezala, hobe zen genozidio delituaren (15 eta 20 urte bitarteko espetxealdi zigorra) eta 139. artikuluko bi inguruabarrekin burututako erailketaren (20 eta 25 urte bitarteko espetxealdi zigorra) arteko metaketa ideala egitea. Kasu horretan, Zigor Kodeko 77. artikuluari jarraiki, 22 urte eta sei hilabetetik 25 urte bitarteko espetxealdi-zigorra ezar liteke.

#### b) Taldeko kideen osotasun fisiko edo mentalari lesio larriak eragitea

Modalitate hau taldea suntsitzeko egokia ote den zalantzan jartzen du doktrinaren zati batek<sup>156</sup>. Beste batzuek, berriz, genozidio delituak taldearen existentzia babes-teaz gain, taldearen osasuna, garapena eta duintasuna ere babesten dituela defendatzen dute. Baina, Gil Gilek dioen bezala, azkeneko interpretazio hori ezin da onartu, tipoaren elementu subjektiboak argi eta garbi baitio taldea suntsitzeko asmoa izan behar dela, eta ez bere osasuna, garapena edo duintasuna urratzeko asmoa<sup>157</sup>.

Autore horren iritziz, suntsitze terminoa bat dator erabateko eraztearekin<sup>158</sup>, eta taldea fisikoki suntsitzeko, kideak hil egin behar dira; hortaz, hilketaren doloa exijitzen

154. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 207-209 or.

155. FEJOO SÁNCHEZ en arabera, *Comentarios al Código penal*, 1421 or., 22. artikuluko 4. inguruabarra ezingo litzateke kontuan hartu, horrek *non bis in idem* printzipioa urratuko bailuke: La circunstancia 4ª del artículo 22 no debe ser tenida en cuenta a efectos agravatorios si no se quiere incurrir en la infracción del principio *ne bis in idem*.

156. RODRÍGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ en iritziz, *Derecho Penal Español: parte especial*, 661 or. lesioak taldea suntsitzeko helburuarekin burutu behar dira, eta kideen bizirauteko aukerak gutxitu behar dituzte.

157. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 209-210. orr

158. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 210-211. orr

da<sup>159</sup>. Horiek horrela, nola bateratu suntsitzeko helburua lesioen emaitzarekin? Gil Gilen arabera, bigarren modalitate horren izateko arrazoia lehenengo modalitatearen babes penala aurreratzean datza<sup>160</sup>. Horrela, Gil Gilen ustez, burututako delitu gisa zigortuko da aurreko modalitatearen saiakuntza hutsa<sup>161</sup>. Beste hitz batzuetan esanda, subjektu aktiboak hilketa doloa du, baina ez du emaitza hori lortzen; horren ordez, lesioen emaitza lortzen du, eta hori berez genozidio saiakuntza gisa zigortu beharko litzateke, baina bigarren modalitateari esker, burututako genozidio gisa zigortzen da<sup>162</sup>. Kontuan hartuta Genozidioaren aurkako Hitzarmenak genozidio saiakuntza ere zigortzen duela, zergatik gehitu du espainiar legegileak bigarren modalitate hori? Arrazoia honako hau da: saiakuntza bezala zigortuz gero, Zigor Kodeko sistematika orokorra errespetatzeko, saiakuntzak dakartzan pena-murrizketak aplikatu beharko liriateke, zigorra gradu bat edo bi jaitsiz.

Modalitate honekin bukatzeko, Zigor Kodeko 607.2, 607.3 eta 607.5 artikuluek 149. eta 150. artikuluetara egiten dute igorpena, baina artikulua horietan jasotako lesio batzuk (esaterako, irentzea) “taldeko kideen ugalketa eragoztera jotzen duten neurriak hartzea” modalitatean ere barnebiltzen dira. 607.5 artikulua 2. edo 3. apartatuan aipatzen ez diren bestelako lesioak ere zigortzen ditu; hau da, Zigor Kodeko 149. eta 150. artikuluetan barnebilduta ez dauden lesioek ere genozidioa osatu dezakete. Tamarit Sumallaren iritziz, falteko genozidioa osatzeko aukera hori guztiz proportzio gabea da<sup>163</sup>.

c) *Taldearen suntsitze fisikoa, osoa edo partziala, ekar dezaketen existentzia-bal-dintzak taldeari nahita ezartzea*

Gil Gilen arabera, berez, ez litzateke beharrezkoa hitzarmenak modalitate hau espresuki aurreikustea, horrelako portaerak lehenengo paragrafoan sartzen baitira<sup>164</sup>; izan ere, emaitza (heriotza), akzioa, kausalitate harremana eta akzio horrekin emaitza hori lortzeko nahia (hiltzeko doloa) ditugu<sup>165</sup>. Baina nazioarteko arauketan xedapen honek 1. paragrafotik aldentzen duten hainbat ezberdintasun garrantzitsu ditu: lehenik, aztergai dugun 3. modalitate honek ez die taldeko kideei erreferentzia egiten, eta talde

159. GRACIA MARTÍN-en ustez, *Comentarios al Código Penal: parte especial*, 66. eta 93 or., hiltzeko doloak lesionatzeko doloa barneratzen du, baina ez alderantziz.

160. GIL Gilen hitzetan, *Derecho Penal Internacional*, 211 or., esta modalidad supone una nueva anticipación de la tutela penal respecto del apartado anterior.

161. GIL Gilen arabera, *Derecho Penal Internacional*, 211 or., se castigaría como delito consumado una mera tentativa del apartado anterior.

162. GIL Gilen hitzetan, *Derecho Penal Internacional*, 211 or., el sujeto actúa con dolo de matar pero no consigue este resultado sino únicamente uno de lesiones, y que deberían por tanto constituir tentativa de genocidio, se convierten en virtud de este precepto e una modalidad de genocidio consumado.

163. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2211 or.

164. GIL Gilen, *Derecho Penal Internacional*, 214 or., adibide gisa honako hau jasotzen du: exponerlos internacionalmente durante horas al frío glacial.

165. GIL Gilen, *Derecho Penal Internacional*, 214 or.

guztiari eragin behar diola ezartzen du; bigarrenik, tipoa burututa egoteko, ez da beharrezkoa emaitza gertatzea (hots, hiltzea)<sup>166</sup>.

Hala ere, Espainiako Zigor Kodea nazioarteko idazketatik urrundu da. Batetik, Zigor Kodeko 607.3 artikuluari jarraiki, modalitate honen bidez taldeko pertsona bakar bati eragitea nahikoa da, “taldeari edo bere kideetako edozeini” horrelako existentzia-baldintzak ezartzea jasotzen du-eta. Horiek horrela, Espainiako Zigor Kodean ez dago zentzu horretan modalitate hau 1. paragrafotik bereizten duen<sup>167</sup>. Bestetik, Zigor Kodearen idazkerak arrisku konkretuko delitu bezala jaso du 3. modalitatea: “taldearen suntsitze fisikoa, osoa edo partziala, DAKARTEN existentzia-baldintzak taldeari nahita ezartzea” esan beharrean (nazioarteko arauak dioten bezala), “taldearen suntsitze fisikoa ... EKAR DEZAKETEN existentzia-baldintzak ...” dio<sup>168</sup>. Ikus dezakegun bezala, nazioarteko arauketan ez da nahikoa arriskuan jartzeko doloarekin. Horrela, Zigor Kodearen idazkerari jarraiki, ekintza arriskutsua gauzatzearekin bakarrik delitua burututa egongo litzateke; baina, genozidio delituaren tipo subjektiboak modalitate guztiei eskatzen dien asmo berezian oinarrituta, egileak taldea suntsitzeko nahia eduki beharko duela esan dezakegu.

Horiek horrela, espainiar arauketaren beste berezitasuna kontuan hartuta (taldeari bakarrik erreferentzia egin beharrean, “bere kideetako edozeini” ere egiten dio erreferentzia), espainiar bertsioaren idazkera literalari jarraiki, ezinezkoa da modalitate honen bidez genozidio delitua burutzea: taldeko kideen bizitza arriskuan jartzeko dolo hutsarekin burutzen bada 3. modalitatea, ez da sekula genozidio delituak eskatzen duen “taldea suntsitzeko asmo berezia” egongo<sup>169</sup>. Eta horrelako kasu batean taldea suntsitzeko asmoa badago eta azkenean emaitza lortzen ez bada, ez da 3. modalitate honen bidez zigortuko. Horren ordean, epaile espainiarrak 1. paragrafoko portaera saiakuntza graduan bezala zigortu beharko du delitugilea. Horrela, Gil Gilek uste du espainiar legegileak genozidioaren elementu subjektibo berezia ahaztu duela eta konbentzioko xedapen hori gaizki ulertu duela<sup>170</sup>.

Era berean, espainiar legegileak zigortu egiten du taldeko kideen osasuna urratzera zuzendutako neurriak ezartzea. Portaera hori Hitzarmentetik at geratu zen; izan ere, genozidio delituaren bidez taldearen existentzia babestu nahi da, ez bere osasuna<sup>171</sup>.

---

166. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 214-215 or.

167. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 215 or.

168. Gaztelaniazko bertsioan argiago ikusten da ezberdintasuna: “nazioarteko arauketan “*que hayan de acarrear* edo *que conlleven*” dio, Zigor Kodean, berriz, “*que pongan en peligro*”.

169. GIL GILen arabera, *Derecho Penal Internacional*, 217 or., de darse este supuesto con mero dolo de poner en peligro a los miembros del grupo no se dará jamás el elemento subjetivo de la intención de destruir al grupo.

170. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 217 or.

171. BELTRÁN BALLESTERrek, “El delito de genocidio”, 1 or., arrisku delitu bezala jasotzen du

### 1.3.2. Genozidio biologikoa

Kasu honetan, egileak taldeko kideak zuzenean hil beharrean, taldearen ondorengotza ekiditeko neurriak ezarriz bilatzen du taldea suntsitzea.

#### d) Taldean jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea

Egileak taldea zeharka suntsitzea bilatzen du, taldeak bizirautea eta berritzea ekidinez<sup>172</sup>. Espainiaren kasuan, horrelako neurriak 2. edo 4. apartatuan barnebil daitezkeela uste du Gil Gilek. Bigarren paragrafoan barnebilduta egongo dira, baldin eta bertan jasotako lesioak badira, adibidez irentzea. Gogora dezagun 2. paragrafo horrek Zigor Kodeko 149. artikuluko lesioetara egiten duela igorpena; beraz, 149. artikuluan jasotako lesioak badira, genozidio delituaren 2. modalitatearen bidez zigortuko dira. Modalitate horretan sartzen ez diren emaitzak dakartzaten neurriak, ordea, 4. paragrafoaren bidez zigortzen dira<sup>173</sup>; besteak beste, sexuen sakabanaketa, abortu konpultsiboak<sup>174</sup>, eta hertsapenarekin batera antisorgailuak banatzea<sup>175</sup>.

#### e) Umeak indarrez beste talde batera mugitzea

Gil Gilen ustez, umeak indarrez beste talde batera mugitzea genozidio kulturala da, eta hori ez zuten konbentzioan sartu nahi izan<sup>176</sup>. Giza eskubideen aurkako delitua da, baina ez genozidioa<sup>177</sup>. Dena dela, genozidio modalitate gisa barneratzeko aukera dagoela uste du, beti ere umeak indarrez beste talde batera mugitzean taldea sakabanatzea eta etorkizunean taldeko kideen ugalketa ekiditea bilatzen bada. Baina, orduan, zergatik mugatu supostua umeetara eta ez barneratu helduak?<sup>178</sup>

Autore horren arabera, umeak lekualdatzea taldeko kideen ugalketa ekiditeko neurri gisa hartzen bada, genozidio portaeratzat jo daiteke. Nire ustez, umeak taldez mugitzea (eta baita helduak beste talde batera mugitzea ere; ez, ordea, taldea lekualdatzea edo garbiketa etnikoa) taldean ondorengoak egotea ekiditeko helburuarekin egiten da ia beti. Horregatik, genozidio kultural bezala ulertu beharrean, genozidio biologikoaren barruko modalitate gisa ulertu behar dela uste dut. Modalitate honetan Zigor Kodeak taldeko

172. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 219-220 or.

173. RODRIGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ autoreak, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 664 or., ere iritzi berekoak dira.

174. BELTRÁN BALLESTERA, "El delito de genocidio", 1 or. eta hurrengoak

175. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 220 or.

176. RODRÍGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ en ustez, berriz, *Derecho penal español, parte especial*, 663 or., si se trata de la raza, evidentemente el mero traslado no puede ser nunca causa de aniquilamiento (total o parcial) del grupo... Pero un grupo religioso puede ser destruido si a los miembros más jóvenes se les educa en una religión diferente de la de sus padre, y en este sentido, el grupo, como tal grupo religioso, desaparecería.

177. GIL GIL en hitzetan, *Derecho Penal Internacional*, 221 or., no se está destruyendo realmente la generación. GRAVEN, *Les crimes contre l'Humanité*, 73 or., ere iritzi berekoa da.

178. GIL GIL en arabera, *Derecho Penal Internacional*, 222 or., es posible mediante una interpretación restrictiva asimilar esta modalidad al genocidio biológico cuando con el traslado de los niños se pretende la dispersión del grupo evitando con ello la futura reproducción entre miembros del mismo. Surge, sin embargo, la pregunta de por qué limitar el supuesto a los casos de traslado de niños y no incluir a los adultos.

kide guztiei erreferentzia egitea (eta ez bakarrik umeei) egokia iruditzen zait; izan ere, uste dut, taldeko kideak sexuen arabera sakabanatzea bezala, “kideak talde batetik bestera eramatea” taldean jaiotzak ekiditeko neurri gisa kontsidera daitekeela.

### **1.3.3. Espainiar Zigor Kodean barneratutako bestelako modalitateak**

#### *f) Taldea edo taldeko kideak derrigorrez lekualdatzea*

Aurreko puntuan taldeko kideak derrigorrez lekualdatzea jorratu dugunez, oraingoan taldea derrigorrez lekualdatzeari egingo diogu erreferentzia. Gil Gilen arabera, taldea lekuz aldatzeak ezin du babestutako ondasun juridikoa urratu<sup>179</sup>. Horiek horrela, bi aukera genituzke: batetik onartzea Zigor Kodeko xedapen hori ezinezkoa dela; eta, bestetik, espainiar Zigor Kodearen arabera, suntsiketa ez dela taldearen existentzia modu absolutuan desagerrarazteko suntsiketa fisikoa edo biologikoa bakarrik, baita lurralde jakin batetik taldea erabat erauztea ere. Hau da, espainiar Zigor Kodearen arabera, taldeko kideak lurralde jakin batetik kanporatu eta beste lurralde batean bizitzen utzi arren, delitugileek genozidioa burutzen dutela onartzea. Beraz, espainiar Zigor Kodeak garbiketa etnikoa genozidio modalitate bezala jaso du<sup>180</sup>.

Gil Gilek Porter autorearen ikuspuntua azaltzen du, eta, autore horren arabera, genozidioa burutzeko hiru modu ezberdin daude: asimilazio bidezkoa, kanporatze bidezkoa, eta deuseztatze bidezkoa. Asimilazioari dagokionez, Genozidioaren aurkako Hitzarmenaren babesetik at geratu zen genozidio kulturalaren parekoa kontsidera dezakegu. Deuseztapena, ostera, Hitzarmenak zigortu nahi duen portaera-eredua da. Horrela, Porterrentzat, taldea eremu lurraldetar edo soziopolitiko jakin batetik kanporatzea ere genozidioa da, taldearen existentzia fisikoa erabat ez deuseztatu arren.

Baina Gil Gilen arabera, garbiketa etnikoa giza eskubideen aurkako eraso larria izan arren, ez litzateke genozidio gisa zigortu beharko; izan ere, ez dator bat Genozidioaren aurkako Hitzarmenarekin<sup>181</sup>. Arestian aipatu bezala, ni ere iritzi horretakoa naiz: talde bati bere betiko bizilekuan bizitzea debekatzea onartezina den arren, ezin dugu portaera hori genozidiotzat jo; izan ere, ez da gizateria talde jakin bat existentziaz gabetzen, eta hori da genozidio delituaren bidez babestu nahi dena.

#### *g) Taldeko kideen bizimodua eragoztera jotzen duten neurrietatik edozein hartzea*

Gil Gilek uste du, espainiar legegileak genozidio modalitate hau barneratu zueanean, genozidio kulturala barneratu zuela, eta Genozidioaren aurkako Hitzarmenean ezarritakoa baino haratago joan zela. Horiek horrela, taldearen kultura suntsitzera zuzendutako neurriak genozidioa izango liriateke, nahiz eta neurri horiek ezartzen dituenarentzat, garrantzirik gabeko neurriak izan<sup>182</sup>. Baina Gil Gilen ustez, horrelako neu-

179. BELTRÁN BALLESTER, “El delito de genocidio”, 1 or. eta hurrengoak, iritzi berekoa da.

180. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 223. 224 or.

181. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 224 or.

182. BELTRÁN BALLESTERrek, “El delito de genocidio”, 1 or. eta hurrengoak., garrantzizkoak diren eta ez diren neurrien artean bereizten du. GIL GILEk, *Derecho Penal Internacional*, 225 or., jarrera hori kritikatzan du.



riak hartzen diren guztietan ez da genozidio kulturalik egongo. Izan ere, taldeko kideen bizi baldintzak hobetzera zuzendutako neurriak badira, justifikatuta dagoen genozidio kulturala izango litzateke<sup>183</sup>. Hala izango da umeen osasunerako kaltegarriak diren praktika kultural edo erlijiosoak desagerrarazten saiatzen bada Estatua, esaterako neskatoei klitoris-ablazioa praktikatzea, poligamia, kanibalismoa, etab<sup>184</sup>.

Gil Gilek dioen bezala, nire ustez, espainiar Zigor Kodeko arauketa zabalegia da. Zein da alternatiba? Interpretazio mugatzailea egitea<sup>185</sup>, eta aztergai dugun modalitatea genozidio fisikoaren edo biologikoaren eremura eramatea, hots, taldeko kideen bizimoduak suntsitzera zuzendutako neurriez gain, neurri horien bitartez suntsiketa fisikoa edo ugaltzeko ezintasuna bilatzea<sup>186</sup>. Horiek horrela, debekatutako jakiak ematea genozidio kulturala izan arren, ez litzateke genozidio gisa zigortu behar, salbu horrekin kideak gosez hiltzea bilatzen bada (kasu horretan, beste genozidio mota bat litzateke). Eta azkeneko interpretazio horri jarraitzen badiogu, artikulua hori alferrikakoa da, beste modalitateetan barnebil daitekeelako<sup>187</sup>.

#### h) *Sexu-erasoak*

Zigor Kodeko 607.1.2 artikuluan dago jasota, 1995. urtetik, modalitate hau. Zergatik barneratu zuten? NBeko Adituen Komisio batek egindako ikerketen arabera, Jugoslavia oihan bortxaketa asko egin zirela frogatuta geratu zelako<sup>188</sup>. Hala ere, nazioarteko arauketan, gizateriaren aurkako delituetan sartu zuten modalitate hau<sup>189</sup>. Aukera hori egokiagoa al da? Hori erabakitzeke, eraso sexuarekin taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzea posible den edo ez erabaki behar dugu. Tamarit Sumalla autorearen arabera, hori ez da posible<sup>190</sup>. Bassiouni-ri jarraiki, ordea, bai<sup>191</sup>.

Gil Gilen arabera, talde musulmanen artean indarkeria sexualak ondorio garrantzitsuak ditu; izan ere, kultura islamikoan, ezkontzatik at harremanak dituen emakumea –horiek bere gogoz kontrakoak izan arren– jada ez da garbia izango. Emakume ezkongabeak ezkontzeko ezgai bihurtzen dira, eta ezkontutakoak euren familietatik kanporatzen dituzte<sup>192</sup>. Gainera, bortxatutako emakumeek orokorrean jasaten dituzten ondorio post-traumatikoen ondorioz, askotan ezinezkoa izaten dute

183. RODRÍGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español: parte especial*, 663-664 or.

184. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 225 or. Hala ere, Gil Gilen hitzetan, podemos caer en la trampa de imponer nuestras propias concepciones acerca de lo que consideramos aceptable o no.

185. RODRÍGUEZ DEVESA eta SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español: parte especial*, 664 or., interpretazio mugatzailearen aldekoak dira.

186. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 227 or.

187. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 227 or.

188. FEIJOO SÁNCHEZ en arabera, *Comentarios al Código penal*, 1421 or.

189. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 228 or.

190. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2211 or.

191. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 228 or.

192. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 229 or.

norbera beren buruaz eta familiaz arduratzen jarraitzea. Era berean, fisikoki edo psikologikoki harreman intimoak izateko arazoak eduki ditzakete, eta bere taldeko gizonezkoek arbuizatzea ere gertatu izan da. Horiek guztiek etorkizunean taldea suntsitzea ekar dezakete. Beraz, taldean jaiotzak ekiditea edo taldea suntsitzea ekarriko duten bizi-baldintzak ezartzea litzateke<sup>193</sup>.

Nire ustez, Gil Gilek dioen bezala, eraso sexualak elementu subjektiboarekin nahastuta, modalitate hau genozidio biologiko gisa ulertu beharko litzateke<sup>194</sup>. Baina Espainian taldeko kideak derrigorrez lekualdatzea genozidio modalitate gisa jaso dutez, suntsitze terminoaren interpretazio zabalagoa posible da: uler daiteke taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzeko edo lurralde jakin batetik kanporatzeko xedearekin zerrendatutako ekintzak burutzen dituenak genozidioa burutzen duela.

### *i) Genozidioaren aldeko ideiak edo doktrinak zabaltzea*

Gil Gilek dioen bezala, hiru portaera ezberdin zigortzen dira 607.2 artikuluan. Lehenik, genozidioa ukatzen duten doktrinak edo ideiak hedatzea zigortzen du. Xedapen horren aurkako Konstituzio kontraktotasun arazoa tarteratu zuten, eta Konstituzio Auzitegiak *ukatzen duten* esamoldea konstituzio kontrakoa zela esan zuen 2007ko azaroaren 7ko 235/2007 epaian. Bigarrenik, genozidioa justifikatzen duten doktrinak edo ideiak zabaltzea zigortzen du. Konstituzio Auzitegiko aipatutako epaiak xedapen hori konstituzionala zela esan zuen, beti ere bertan barnebildutako portaerek zeharka genozidioa burutzera bultzatzen badute. Hirugarrenik, genozidioa burutzeko praktikak babesten dituzten erregimen edo erakundeak berrezartzea bilatzen duten doktrinak edo ideiak hedatzea zigortzen du. Azkeneko portaera zigortzeko, ez da nahikoa programa politiko, ideologia, alderdi politiko edo erregimen jakin baten aldeko adierazpenak egitea, beharrezkoa da horiek burututako delituaren oniritzia ematea, eta horren helburua jendea delitu hori burutzera bultzatzea izatea<sup>195</sup>.

Tamarit Sumallaren arabera, genozidioaren probokazioa 615. artikuluan dago jasota, beste prestamen ekintzekin batera; horrela, 607.2. artikulua probokazioa baino arinagoak diren portaerak jasotzen ditu<sup>196</sup>. Autore berari jarraiki, genozidioaren

---

193. GIL GILEK, *Derecho Penal Internacional*, 229-230. orr, Bassiouni eta McCormicken hitzak jasotzen ditu: "En la cultura islámica la mujer que tiene relaciones fuera del matrimonio, aunque las mismas hayan sido forzadas, resulta impura. Las mujeres solteras se convierten en no aptas para el matrimonio y las casadas son expulsadas de sus familias... Los síntomas post-traumáticos que sufren las mujeres violadas en general hacen que en muchas ocasiones no puedan continuar cuidando de sí mismas y de sus familias".

194. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 230 or.

195. GIL GIL, *Comentarios al Código Penal*, 1994 or.

196. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2212-2214 or. LANDA GOROSTIZA autorearen hitzetan, *La Intervención Penal Frente a la Xenofobia*, 410 or., la redacción típica excede la apología en sentido estricto, de suerte que también resulta delictiva la negación, banalización o justificación del genocidio o la pretensión de rehabilitación de regímenes autores o cómplices del mismo. LANDA GOROSTIZArekin jarraituz, *La Intervención Penal Frente a la Xenofobia*, 417 or., el proceso legislativo de la Ley de 1995 es pues, en resumen, un proceso de "progresiva ampliación" tanto en figuras penales como en sus ámbitos de punición fruto de la propia inercia de un discurso voluntarista y bienintencionado, pero desconocedor del objeto de regulación, lo que deriva en un desplazamiento expansivo por abstracción del interés de regulación desde un racismo y xenofobia simbólicos hacia la categoría general del principio de igualdad.

probokazioa zigortzea ezinbestekoa izan arren, “iritzizko delituak” direlakoak zigortzea onartezina da. Autore berak dioten moduan, ideia edo doktrina hutsen hedapena zigortzen da; horrela, ideologia jakin bat kriminalizatzen da. Ideia horiek publikoki hedatzearekin bakarrik burutzen da tipoa, hau da, ez da beharrezkoa genozidioa probokatzeko asmoa izatea, eta nahikoa da hedatutako ideologia genozidioa babesten duen erregimena ezartzearen aldekoa izatea<sup>197</sup>.

## 2. Tipo subjektiboa

Gil Gil autorearen arabera, espainiar legegileak genozidioa burutzeko modalitateak desitxuratu ditu, eta, ondorioz, ezinezkoa da Zigor Kodeko 607. artikuluan doloa eta asmo berezia Genozidioaren aurkako Hitzarmenean jasota dauden moduan interpretatzea<sup>198</sup>. Espainiako Zigor Kodean suntsitzea ez da suntsitze fisikora eta biologikora mugatzen; horiez gain, taldea lurralde jakin batetik kanporatuz lortutako genozidio fisikoa eta sakabanatze bidezko genozidio biologikoa barneratzen ditu. Horiek horrela, Espainiako ZKn jasotako genozidio modalitate bakoitzean elementu subjektiboaren interpretazio ezberdina egitea proposatzen du Gil Gilek<sup>199</sup>.

Egileak suntsitze fisikoa erabiltzen badu forma gisa, tipo subjektiboak honako hauek barneratu beharko ditu: dolozko hilketa, eta taldea suntsitzeko asmoa. Beraz, Gil Gilek dioten moduan, egileak ekintza indibidual bakoitza egiten duenean, taldeko beste kideengan beste ekintza guztiak ere burutzeko asmoa du, horrela bere asmoa lortzeko<sup>200</sup>. Lesioen modalitatea ere genozidiotzat jo ahal izateko, hilketa modalitatearen saiakuntza gisa interpretatzea proposatzen du Gil Gilek<sup>201</sup>.

Suntsitze biologikoa bada egileak aukeratutako forma, Gil Gilek dio antzutea, irentzea edo jaiotzak ekiditeko bestelako neurriak (umeak taldeaz mugitzea barne), doloz egin behar direla. Gainera, egileak taldea suntsitzeko asmoa eduki behar du<sup>202</sup>.

Arestian azaldu dugun bezala, Zigor Kodeak “taldeko kideen bizitza arriskuan jar dezaketen existentzia-baldintzak ezartzea” dio, baina nazioarteko arauketan ez da nahikoa arriskuan jartzeko dolo hutsarekin. Kideen bizitza arriskuan jartzeko doloa baldin badu, egilea kontziente da eragiten ari den arriskuaz, baina, agian, posible da uste izatea etorkizunean emaitza gertatzea ekidingo duen zerbait gertatuko dela. Nahiz eta Zigor Kodearen idazkeraren arabera dolo hori nahikoa izan, Gil Gilek dioten bezala,

197. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2212-2214 or.

198. FEIJOO SÁNCHEZ-en arabera, *Comentarios al Código Penal*, 1420 or., todas las conductas se ven incriminadas como genocidio debido al propósito del autor de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso... Cuando no se dé este propósito, sino simplemente se actúe por motivos racistas, xenófobos o de índole similar se podrá aplicar la circunstancia agravante 4º del artículo 22.

199. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 264 or.

200. Zentzu berean, FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, 1420 or., se requiere que el autor sea consciente de que su conducta se inscribe dentro de un propósito más general, que no satisface con la muerte, las lesiones, el traslado, etc., de una sola persona, sino que necesita de comportamientos similares, con conciencia de que el suyo contribuye a la satisfacción del objetivo final.

201. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 264 or.

202. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 264 or.

genozidio delituaren tipo subjektiboak modalitate guztiei eskatzen dien asmo berezian oinarrituta, egileak taldea suntsitzeko nahia eduki beharko du. Horrela, Zigor Kodeko arauketan ere ez da nahikoa taldea arriskuan jartzeko asmoa bakarrik izatea<sup>203</sup>.

Baina genozidio modalitate hori kideak lurralde jakin batetik kanporatzeko asmoarekin burutzen bada (espainiar Zigor Kodeak garbiketa etnikoa genozidio modalitate gisa jasotzen du), ez da beharrezkoa izango hiltzeko doloa edukitzea, doloak ekintzak bizitzarentzako arriskua ekarriko duela besarkatzea nahikoa izango da. Kasu horretan, Gil Gilen ustez, xedea lortzeko garrantzia duena ez da ekintzen emaitza bera, baizik eta hertsapen edo mehatxu gisa erabilitako indarkeria. Gainera, autore berarekin jarraituz, mehatxuzko ondorioak ez du jasaten duen kidearengan bakarrik eragina izango; aitzitik, indarkeriaren berri duten taldeko kide guztiengan izango du eragina. Horrela, ez da beharrezkoa ekintza taldeko kide bakoitzarekin errepikatzea, eta nahikoa izango da kide baten aurka bakarrik zuzentzea, beti ere kide guztiek badute horren berri<sup>204</sup>.

Taldea edo taldeko norbanakoak indarrez mugitzeari dagokionez, Gil Gilek proposatzen duen moduan, modalitate horren barruan bi supostu bereizi behar ditugu: batetik, taldea, eta, bestetik, taldeko norbanakoak indarrez mugitzea. Taldea indarrez mugitzeari erreparaturik (garbiketa etnikoa), suntsitzeko asmoa aurreko paragrafoan bezala interpretatu behar da: taldea lurralde jakin batetik kanporatzeko xedea besarkatu behar du doloak, eta ekintzak edozein motatako doloaren bidez burutu daitezke<sup>205</sup>. Taldeko norbanakoak indarrez mugitzeari dagokionez, Gil Gilek proposatu bezala, modalitate hori genozidio biologikoaren modalitatean baneratu behar dugu. Gehiegikeria litzatekeelako esatea, jaiotzak ekiditeko helburua izan gabe, kideen sakanatzea genozidioak eskatzen duen suntsitzea dela. Horiek horrela, taldeko kide baten aurka zuzendutako ekintzan eskatutako asmoa betetzen dela frogatzeko, ezinbestekoa da egileak beste kideen aurka ere ekintza bera zuzentzeko asmoa izatea<sup>206</sup>.

Eraso sexualei dagokienez, bereizi beharra dago ea egileak suntsitze biologikoaren helburuarekin (hau da, egileak aurreikusi behar du ekintzak bortxatutako emakumea etorkizunean bere taldekoak izango diren umeak sortzea ekidingo duela) edo kanporatze bidezko suntsitzearen helburuarekin (taldeko kideek lurraldea uztea lortzeko mehatxu gisa) burutzen duen ekintza<sup>207</sup>.

Taldearen bizimodua ekiditeko neurriak ezartzeari erreparaturik, egokia iruditzen zait Gil Gilek proposatzen duen bezala zentzu hertsian genozidio fisikoa edo biologikoa dakarten ekintzetara mugatzea. Adibidez, sinestun bati bere erlijioak debekatzen dituen jakiak bakarrik ematea, gosez hiltzeko asmoarekin<sup>208</sup>.

---

203. GIL GILen arabera, *Derecho Penal Internacional*, 264-265 or., edozein motako doloa izan dezake (inoizkako barne). DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal: parte especial*, 805 or., ere iritzi horretakoa da.

204. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 264-265 or.

205. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 265-266 or.

206. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 265-266 or.

207. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 266 or.

208. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 266 or.

Horiek horrela, Gil Gili ez zaio egokia iruditzen talde baten aurka aritzeko forma guztiak genozidio gisa kalifikatzea. Niri ere ez. Baina horrek ez du esan nahi genozidio gisa kalifikatu ezin diren portaerek zigorgabeak izan behar dutenik, baizik eta egokia-goa dela gizateriaren aurkako delituak bezalako bestelako figurak aplikatzea<sup>209</sup>.

## ONDORIOAK

**Nazioarteko arauketari** dagokionez, genozidioa izango da Erromako Estatutuan, RNAPko Estatutuan eta JNAPko Estatutuan jasotako genozidio-modalitateetako edozein egitea, talde nazional, etniko, arrazazko edo erlijioso bat, osorik edo zati batean, desagerrarazteko xedearekin. Definizio horretan, genozidioaren oinarri-zko elementuak aurki ditzakegu: babestutako taldeak zeintzuk diren, tipo objektiboa osatzen duten portaerak, eta elementu subjektiboaren barruko asmo berezia.

Beraz, nazio, etnia, arraza edo erlijio-taldeak dira genozidioan babestutako taldeak. Aitzitik, talde politikoak, ekonomikoak eta kulturalak genozidioaren babes eremutik at daude. Nazioarteko jurisprudentziaren arabera, egonkortasuna da talde horiek genozidioan babesten ez diren taldeetatik bereizten dituen ezaugarria, eta Genozidioaren aurkako prestaketa-lanetatik erator daiteke egonkortasunaren irizpidearen garrantzia. Dena dela, aipatzekoa da Schabasen ustez ezin dela Hitzarmenaren prestaketa-lanetatik eratorri egonkortasuna denik babestutako taldeak identifikatzen dituen ezaugarria. Bestalde, ba al du logikarik irizpide horretan oinarritutako talde erlijiosoak babestea eta talde politikoak kanpo uztea? Ezetz uste dut.

Aipatutako hiru estatutuek genozidio-modalitate berberak zigortzen dituzte (espainiar legegileak, berriz, modalitate gehiago barneratu ditu): taldeko kideen hilketa; taldeko kideen osotasun fisiko edo mentalari lesio larriak eragitea; taldearen suntsitze fisikoa, osoa edo partziala, dakarten existentzia-baldintzak taldeari nahita ezartzea; taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea; eta taldeko umeak indarrez beste talde batera mugitzea.

Lehenengo hiruak genozidio fisiko delakoaren barruan sartzen dira. Taldeko kideen hilketa taldea zuzenean suntsitzeko modua da; taldearen suntsitze fisikoa dakarten existentzia baldintzak nahita ezartzea, ordea, heriotza mantsoaren bidez taldea suntsitzeko modua da. Aipatutako existentzia baldintza horiek genozidio gisa zigortzeko, ezinbestekoa da egileak neurri horiek taldea fisikoki suntsitzeko kalkulatu izana, eta ez da nahikoa neurriek arrisku abstraktuko egoera eragitea. Taldeko kideen osotasun fisiko edo mentalari lesio larriak eragiteari dagokionez, modalitate horrek torturak, tratu apalesgarriak, kolpeak eta antzeko portaerak barnebiltzen ditu, fisikoak zein mentalak; baina, edozein kasutan, gutxieneko larritasunekoak.

Taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurriak ezartzea, ostera, genozidio biologikoa da, eta taldeko kideei ugaltzeko bideak ukatzean datza. Horrelako neurriak fisikoak nahiz mentalak izan daitezke. Hainbat autorek umeak indarrez beste talde batera

---

209. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, 266 or. Zentzu berean, SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, *Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, cualquier otra motivación daría vida a otro tipo de ilícito, que bien podría ser, en el orden en que nos movemos, el crimen contra la humanidad.

mugitzea genozidio kulturaltzat jo arren, uste dut genozidio biologikoaren barruan sar daitekeela. Izan ere, umeak taldez mugituz gero, taldeak ez du ondorengorik izango, eta etorkizunean taldea fisikoki desagertu egingo da. Genozidio kulturalari dagokionez, Hitzarmenaren babesetik at geratu zen. Genozidio kulturalak talde baten ezaugarri kulturalak suntsitzeko xedearekin burututako portaerei egiten die erreferentzia, eta ez dugu nahastu behar talde kulturalen aurka burututako genozidio-portaerekin.

“Garbiketa etnikoa” ere Genozidioaren aurkako Hitzarmenetik at geratu zen. Izan ere, garbiketa etnikoaren xedea ez da taldea suntsiaraztea, baizik eta talde jakin bat lurralde batetik kanporatzea, taldea lehen zegoen lekuko lurraldea etnikoki homogeneoa izateko. Beraz, horrelako portaeretan genozidioak galdatzen duen asmo berezia ez da betetzen.

Tipo objektiboan aipatutako portaera horiek genozidio gisa zigortzeko, ezinbestekoa da egileek genozidio delituak galdatzen duen asmo berezia izatea, hau da, taldea, osorik edo zati batean, suntsitzeko helburua izatea. Baina noiz esan dezakegu egileak asmo berezi hori duela? Nazioarteko Auzitegiek egindako interpretazio hertsia- ren aldekoa naiz ni. Izan ere, ezagutza hutsean oinarritutako teoriak, hots, egileak bere portaerak taldea suntsituko zuela “jakiteak edo jakin behar izateak” bakarrik, ez ditu elementu subjektibo bereziak eskatzen dituen baldintzak betetzen. Hala ere, egia da “asmo berezi”aren kontzeptu hertsia erabiltzeak arazoak ekar ditzakeela hori frogatzeko garaian; baina, arazo horiek gainditzeko, nazioarteko auzitegiek garatutako zantzuen metodoa delakoa tresna aproposa dela uste dut.

Behin hori finkatuta, honako hau dugu hurrengo galdera: zer da taldea suntsitzea? Suntsitze terminoaren interpretazio hertsia egitearen aldekoa naiz, hau da, taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzea esan nahi duela uste dut. Baina suntsitze kulturala kanpoan uzteko arrazoia ez da genozidio kulturalako portaerak genozidio modalitateetatik at utzi izana (hau da, talde baten hizkuntza debekatzea bezalako portaerak ez jaso izana); izan ere, Ambosek proposatu bezala, genozidio modalitate bezala ez barneratzeak *actus reus*-aren eremuan du eragina, ez *mens rea*-ren eremuan. Horrela, autore berak uste du ez dela beharrezkoa egileek taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzeko helburua izatea, eta genozidioa izango litzateke, adibidez, babestutako talde batek bere hizkuntzan hitz egitea ekiditeko genozidio modalitate gisa jasotako portaerak (esaterako hilketak) burutzea.

Baina nire ustez, genozidioaren tipifikazioarekin babestu nahi den ondasun juridikoa kontuan hartuta, ezinezkoa litzateke taldearen suntsitze kulturala helburu duten portaerak genozidio gisa hartzea. Izan ere, horrelako portaerak genozidio gisa zigortuz gero, ez guke giza talde jakinen existentzia babestuko, baizik eta taldearen eskubide kulturalak. Horrek ez du esan nahi taldeen eskubide kulturalak babesik merezi ez dutela uste dudarik, ezta gutxiago ere. Baina genozidioan babestutako ondasun juridikoa kontuan hartuta, ez zait bidezkoa iruditzen taldearen suntsitze kulturala lortzeko helburuarekin burututako portaerak genozidio gisa zigortzea, eta gizateriaren aurkako krimen gisa kalifikatu beharko liratekeela uste dut.

**Espainiar Zigor Kodeko 607. artikulua** genozidioari buruzko nazioarteko arauketak ezarritako oinarriko elementu berberak jaso ditu: babestutako taldeak, tipo objektiboa osatzen duten genozidio modalitateak, eta genozidio delitua burututako egoteko galdatzen den asmo berezia. Baina hainbat berezitasunekin jaso ditu elementu

horiek: babestutako taldeen kontzeptua zabaldu du, genozidio-modalitate berriak gehitu ditu; eta asmo berezia ez du taldea, osorik edo zati batean, suntsitzearekin identifikatu; aitzitik, esan dezakegu garbiketa etnikoa burutzeko helburua duten portaerek espainiar ordenamenduan genozidio delituak eskatzen duen asmo berezia betetzen dutela.

Ezer baino lehen, genozidio delituaren subjektu aktiboari dagokionez, honako hau esan behar dugu: espainiar legegileak, nazioarteko arauketan bezala, ez duela delitu berezi gisa jaso. Babestutako taldeei erreparatu, talde nazionalak, arrazazkoak, etnikoak eta erlijiosoak babesteaz gain, espainiar Zigor Kodeak bere kideen ezgaitasunarengatik zehaztutako taldeak ere babesten ditu. Horrelako taldeen aurkako erasoek erantzun penala izan behar dutela pentsatu arren, ez dut uste genozidio delituaren bidez babestu behar diren taldeak izan beharko lirakeenik. Espainiar Entzutegi Nazionalak Argentinako gatazkan talde politikoen aurka burututako portaerak genozidiotzat jotzeko egindako interpretazioari dagokionez, ez zait egokia iruditzen esatea talde nazionalaren aurkako autogenozidioa zati batean burutu dela. Izan ere, “zati batean” esapidea ezin da nazio, arraza, etnia edo erlijioan oinarritzen ez diren taldeak babesteko erabili. Bestela, talde nazional baten barruko edozein talderen aurkako portaerak genozidio kontsideratuko lirake.

Bestalde, tipo objektiboa osatzen duten genozidio-modalitateei erreparatu, nazioarteko arauketan babestutako genozidio fisiko eta biologikoko modalitateez gain, espainiar legegileak genozidio kulturala eta garbiketa etnikoa barneratu ditu genozidio delituaren arauketan.

Taldeko kideen hilketa genozidio-modalitate guztien artean nagusi den portaera da. Espainiar arauketak espresuki jaso du genozidio delituan hilketa bi edo inguruabar astungarri gehiagorekin burutzea, baina 607. artikuluan aurreikusitako arau horrek proportziokotasun printzipioa urratzen du, eta gainera, erailketaren inguruabarrak ez ezik, inguruabar astungarri guztiak ere barneratzen ditu.

Taldeko kideen osotasun fisiko edo mentalari lesio larriak eragitea dugu genozidio fisikoaren barruko beste modalitate bat. Baina nola uztartu lesio larrien portaera genozidio delituaren asmo bereziarekin? Izan ere, taldea suntsitu nahi badu, taldeko kideak hiltzeko doloa izan behar du egileak; baina portaera tipikoa lesioak eragitea da. Irtenbidea honako hau da: egileak kideak hiltzeko doloa duela, baina lesioak eragitea bakarrik lortzen duela ulertzea. Horrela, saiakuntza graduan zigortu beharko litzatekeen portaera burututako portaera gisa zigortzea lortu du espainiar legegileak.

Taldearen edo bere kideen suntsitze fisikoa ekar dezaketen existentzia-baldintzak nahita ezartzea ere genozidio fisikoaren adibidea dugu. Espainiar arauketak nazioarteko arauketatik bereizten duten hainbat ñabardura jaso ditu. Batetik, “taldearen edo bere kideen” dio; nazioarteko arauketak, berriz, taldeari bakarrik egiten dio erreferentzia. Bestetik, espainiar Zigor Kodeko idazkera literalari jarraiki, arrisku konkretuko delitu gisa ulertu dezakegun arren (“ekar dezaketen”, “dakarten” beharrean), genozidio delituak eskatutako asmo bereziarekin bateragarria izateko, ez da nahikoa taldearen existentzia arriskuan jartzeko dolo hutsa, taldea suntsitzeko nahia eduki behar du.

Genozidio biologikoari dagokionez, taldearen barruan jaiotzak ekiditeko neurriez hitz egin behar dugu. Beraz, modalitate horren bidez, taldeak bizirautea eta berritzea ekiditen du egileak. Horrelako portaerak genozidio gisa zigortzea, ezinbestekoa da neurriak indarrez ezartzea, baita neurriak agintzeaz gain, horiek praktikan jartzea ere.



Bestalde, uste dut umeak indarrez beste talde batera mugitzea genozidio biologiko gisa zigortu daitekeen portaera dela. Izan ere, taldearen suntsitze fisikoa lortzeko, taldean jaiotzak ekiditeko bestelako neurriak bezain eraginkorra izan daitekeela pentsatzen dut. Orduan, zergatik mugatu nahitaezko lekualdatzeak umeen kasuetara?

Espainiar legegileak helduak indarrez lekualdatzea ere genozidio-modalitate gisa barneratu du. Egokia iruditzen zait espainiar Zigor Kodeak taldeko kide guztiei erreferentzia egitea (eta ez bakarrik umei); taldeko kideak sexuen arabera sakabarnatzea bezala, “kideak talde batetik bestera eramatea” taldean jaiotzak ekiditeko neurri aproposa dela uste dut-eta. Espainiar Zigor Kodean bakarrik aurreikusitako genozidio-modalitateekin jarraituz, taldea derrigorrez lekualdatzea dugu hurrengoa. Taldea lurralde jakin batetik kanporatzea zigortu beharreko portaera dela uste dudan arren, ez dut uste genozidio gisa zigortzea egokia denik. Genozidioan babestutako ondasun juridikoa talde horien existentzia baita, ez horiek lurralde jakin batean duten existentzia.

Espainiar Zigor Kodeko 607. artikuluan barneratutako genozidio kulturalari dago-kionez, genozidio delituak galdatzen duen asmo bereziarekin bat datorren interpretazio hertsia egitearen aldekoa naiz. Beraz, genozidio fisiko edo biologiko gisa barnebildu daitezkeen portaerak bakarrik zigortu beharko lirakeela uste dut. Sexu-erasoak espainiar Zigor Kodean bakarrik barneratutako beste genozidio-modalitate bat ditugu; izan ere, nazioarteko arauketan gizateriaren aurkako krimen gisa jaso dituzte. Aukera hori egokiagoa al da? Galdera hori erantzuteko, honako beste hau erantzun behar dugu: sexu-erasoen bidez taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzea lor al daiteke? Nire ustez, sexu-erasoak taldean jaiotzak ekiditeko neurri aproposa izan daitezke. Beraz, genozidio biologiko gisa uler daitezkeen genozidio-modalitatea dela uste dut. Tipo objektiboarekin bukatzeko, espainiar Zigor Kodeak 607.2 artikuluan hiru portaera zigortzen ditu: genozidioa ukatzen duten doktrinak edo ideiak hedatzea (Konstituzio Auzitegiak, 235/2007 epaian, konstituzio kontrakoa deklaratu zuen); genozidioa justifikatzen duten ideiak zabaltzea; eta genozidioa burutzeko praktikak babesten dituzten erregimen edo erakundeak berrezartzea bilatzen duten ideiak hedatzea.

Horiek horrela, gehiegizkoa iruditzen zait talde nazional, arrazazko, etniko edo erlijioso baten aurkako portaera oro genozidio gisa kalifikatzea. Horrek ez du esan nahi genozidio gisa kalifikatu ezin diren portaerek zigorgabeak izan behar dutela pentsatzen dudanik, ezta gutxiago ere. Baina gizateriaren aurkako krimenak bezalako bestelako figurak aplikatzea egokiagoa derizot.

Bukatzeko, tipo subjektiboaren barruan kokatutako asmo berezia dugu. Esan bezala, espainiar Zigor Kodean asmo berezia ez da taldearen suntsitze fisikoa eta biologikoa lortzeko helburua dagoeneko kasuetara mugatzen; taldea lurralde jakin batetik kanporatzeko helburua ere barnebiltzen du. Suntsitze fisikoko kasuetan, taldeko kideen hilketa modalitateari dagokionez, tipo subjektiboak dolozko hilketa eta taldea suntsitzeko asmoa barnebildu behar ditu. Lesioen modalitateari erreparatuz, hilketa modalitatearen saiakuntza gisa interpretatu behar dugu; beraz, dolozko hilketa eta taldea suntsitzeko asmoa izan behar ditu egileak. Suntsitze biologikoan ere, egileak doloz ezarri behar ditu jaiotzak ekiditeko neurriak, eta taldea suntsitzeko xedea izan behar du.

Taldeko kideen bizitza arriskuan jar dezaketen existentzia-baldintzak ezartzeari erreparatuz, Zigor Kodearen idazkera literalari jarraiki taldea arriskuan jartzeko dolo hutsarekin nahikoa izan arren, genozidio delituaren tipo subjektiboak modalitate guz-



tiei eskatzen dien asmo berezian oinarrituta, egileak taldea suntsitzeko nahia eduki beharko du. Modalitate hori garbiketa etnikoko helburuarekin burutzen bada, ez da beharrezkoa izango hiltzeko doloa edukitzea; aitzitik, doloak ekintzak bizitzarentzako arriskua ekarriko duela besarkatzea nahikoa da.

Taldeko norbanakoak indarrez mugitzea genozidio biologikoaren barruan sartzea proposatu dugu. Horrela, taldeko kideak lekualdatzea genozidiotzat jotzeko, ezinbestekoa da horren bidez egileak taldearen barruan jaiotzak ekiditeko helburua izatea. Eraso sexualen kasuan, ostera, suntsitze biologikoaren helburuarekin edo kanporatze bidezko suntsitzearen helburuarekin burutu dezake portaera. Bukatzeko, taldearen bizimodua ekiditeko neurriak ezartze dugu, zeina zentzu hertsian genozidio fisikoa edo biologikoa dakarten ekintzetara mugatu beharko litzatekeen. Beraz, egileak taldea fisikoki edo biologikoki suntsitzeko helburua izan beharko du kasu horretan.

## BIBLIOGRAFIA

- AMMAN, Diane Marie. "International Decisions", *American Journal of International Law* aldizkarian, 93. Bolumena, 1. Zenbakia, 1999, 195-199 or.
- AMBOS, Kai. *Estudios del Derecho Penal Internacional*. Idemsa. Lima, 2006.
- BOLLO AROCENA, M<sup>a</sup> Dolores. *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. EHUko Argitalpen Zerbitzua. Bilbo, 2004.
- BELTRÁN BALLESTER, Enrique. "El delito de genocidio". Cuadernos de Política Criminal. 6. Zenbakia, 1978. 23-58 or.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press. New York, 2008. 127-147 or.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, eta GRACIA MARTÍN, Luis. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Comentario al artículo 607", *Comentarios al Código Penal* liburuan, Rodríguez Mourullo. Civitas. Madrid, 1997. 1418-1424 or.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina. "Apuntes jurisprudenciales sobre el delito de genocidio: la contribución de los Tribunales Internacionales", *Diario La Ley* aldizkarian, 1. Zenbakia, 2007. 1585-1599 or.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina. "La Jurisprudencia española en aplicación del Principio de Jurisdicción Universal. El caso de la represión en Argentina". Salamancako Unibertsitateko Zuzenbide Penaleko XXI. Unibertsitate-Kongresuan emandako hitzaldia.
- GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Editorial Tecnos, SA. Madrid, 1999.
- GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Centro Francisco Tomás y Valiente Argitaletxea. Valencia, 1999.
- GIL GIL, Alicia. "Delitos de Genocidio", *Comentarios al Código Penal* liburuan, Manuel Gómez Tomillok zuzendua. Lex Nova. Valladolid, 2010. 1990-1996 or.
- GRAVEN, Jean. *Les Crimes contre l'Humanité*. Recueil Sirey. Paris, 1950.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *La Intervención Penal frente a la Xenofobia (Problemática general con especial referencia al "Delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal)*. EHUko Argitalpen Zerbitzua. Donostia, 1998.

- LEMKIN, Rafael. *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Carnegie Endowment for International Peace. Washington, 1944.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. C.S.I.C. Instituto "Francisco de Vitoria". Madrid, 1955.
- RODRÍGUEZ DEVESA, Jose María, eta SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte especial*. Dykinson. Madrid, 1995.
- SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, Javier. *Delincuencia Política Internacional: especial consideración del delito de Genocidio*. Publicaciones del Instituto de Criminología Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1973.
- SCHABAS, William A.. "The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires", *American Journal of International Law* aldizkarian, 104. Zenb., 2010. 318-324 or.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Delitos de genocidio", *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* liburuan, Gonzalo Quintero Olivaresek zuzendua. Editorial Aranzadi, SA. 2009. 2209-2214 or.

## ¿DE QUÉ PROTECCIÓN PENAL DISPONEN ACTUALMENTE LAS VÍCTIMAS?\*

Reynald OTTENHOF

*Catedrático emérito de Derecho penal  
Université de Nantes (Francia)*

**Resumen:** Se plantea la cuestión sobre la situación actual de las víctimas, examinando la protección que para ellas ofrece el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal. Desde la perspectiva penal se aprecia dicha protección tanto en la defensa de los valores sociales fundamentales a que responde el Derecho penal moderno –tipificación de nuevos delitos–, como en la específica protección a víctimas más desvalidas. En el Derecho Procesal Penal se menciona la posibilidad de la personación de la víctima en los procesos y se apunta que ello puede conllevar en ocasiones la ruptura del principio de igualdad entre partes.

**Laburpena:** biktimen gaur egungo egoera landuko da, eta Zuzenbide penalak eta Zuzenbide prozesalak horientzako eskaintzen dituzten babesak aztertuko dira. Zuzenbide penalaren ikuspuntutik, babes hori hautematen da bai Zuzenbide penal modernoak lantzen duen funtsezko gizarte-balioen defentsan –delitu berrien tipifikazioa– bai biktimarik babesgabeenen babes espezifikoan. Zuzenbide prozesal penalean, biktima prozesuetan agertzeko aukera aipatzen da, eta adierazten da horrek bi aldeen arteko berdintasun-printzipioa hautsi dezakeela zenbaitetan.

**Résumé :** Constatier la protection pénale des victimes nécessite que l'on envisage cette protection tant par le droit pénal de fond que par le droit pénal de forme, c'est à dire la procédure pénale. Le droit pénal de fond assure la protection des victimes en veillant au respect des valeurs sociales fondamentales –en créant les incriminations appropriées–, et en défendant les personnes les plus fragiles. Du point de vue du droit de la procédure pénale, la sollicitude procédurale à l'égard des victimes va parfois jusqu'à rompre en leur faveur l'équilibre entre les parties, au point d'altérer le schéma du procès triangulaire

**Summary:** Deals with the issue of the situation of victims today, focusing on the protection offered them by Substantive Criminal Law and Procedural Law. From the criminal perspective, such protection is looked at in terms of the defence of the fundamental social values as contemplated within modern criminal law – the legal description and characterisation of new crimes and offenses – as well as specific protection for more helpless victims. Criminal Procedural Law allows for the personal appearance of victims in court, and warns that this can mean a breach of the principle of equality between both parties.

---

\* Ponencia presentada en el VIII Congreso Español de Criminología “Convivencia, Libertad y Tolerancia”, organizado por la Sociedad Española de Investigación Criminológica (SEIC) y la Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (FACE), celebrado en San Sebastián, los días 29, 30 de junio y 1 de julio de 2011. Traducción realizada por la Dra. Isabel Germán, investigadora del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua. GICCAS - Grupo de Investigación en Ciencias Criminológicas.

**Palabras clave:** Victimología, víctimas y Derecho penal, víctimas y Derecho procesal, protección a las víctimas.

**Gako-hitzak:** Biktimologia, biktimak eta Zuzenbide penala, biktimak eta Zuzenbide prozesala, babesa biktimei.

**Mots clef :** Victimologie, victimes et Droit pénal, victimes et Droit de la procédure pénale, protection des victimes.

**Key words:** Victimology, victims and criminal Law, victims and procedural Law, protection of victims.

Cuando los organizadores de este Congreso me hicieron el honor de invitarme a participar, tuvieron la delicadeza de dejarme elegir libremente el tema de mi intervención. Y me pareció natural, en recuerdo del Maestro y muy querido amigo Antonio Beristain, consagrar mi intervención a las víctimas, a las que él dedicó sus más bellas páginas, y por las que mostró un especial interés.

A las víctimas porque estamos en un congreso de Criminología, y la Victimología constituye una de sus ramas más fecundas y novedosas. La obra de Antonio, y yo he sido testigo de ello (y también un poco cómplice), ha sido muy importante para promover la Criminología, no sólo en el País Vasco, sino en toda España. Pero no sin esfuerzo: tuvo que luchar contra las reticencias, y en ocasiones contra la resistencia, de quienes querían mantener celosamente el monopolio. Pero esos tiempos se han acabado. Y la elección de San Sebastián como sede de este Congreso es una brillante expresión de su éxito.

A la protección penal de las víctimas porque abordar una cuestión de Derecho penal en un Congreso de Criminología supone mostrar el vínculo indisoluble entre el Derecho penal y la Criminología, como ha demostrado Antonio Beristain, quien destacó con éxito en estas dos disciplinas durante toda su vida universitaria y en sus trabajos científicos. Todo esto no podía más que reforzar nuestra complicidad, y en Francia, a un nivel más modesto, intentamos seguir el mismo camino, aunque sin obtener los mismos resultados...

¿De qué protección penal disponen actualmente las víctimas? entre interrogantes, porque mi intervención no pretende hacer balance, sino plantear algunas cuestiones sobre la situación actual, su efectividad, ver la coherencia de una protección, realmente esperada y buscada por los defensores de las víctimas, pero sobre la que cabe cuestionarse si los objetivos perseguidos son claramente visibles, a día de hoy.

Por consiguiente, para abordar la protección penal de las víctimas en su globalidad es preciso plantear esta protección tanto desde el Derecho penal sustantivo (I), como desde el Derecho procesal penal (II), lo que responde a los dos grandes apartados de mi intervención.

## **PARTE I: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA DESDE EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO**

El examen de cómo, desde el Derecho penal sustantivo, se garantiza la protección a las víctimas, nos lleva a analizar la forma en que el legislador –obligado por el principio de legalidad– estructura el arsenal represivo, ya sea a través de la creación de las

inclinaciones apropiadas, o por medio de la legitimación de las inclinaciones ya existentes.

Para ello, el legislador utiliza dos funciones tradicionales del Derecho penal: la función directiva y la función de protección.

En cuanto a la función directiva, la ley penal tiene por objeto velar por el respeto de los valores sociales fundamentales, aquellos que están en la base de los vínculos sociales, garantizados por el Estado: la dignidad de la persona, el respeto al otro, la moral pública, etc.

Por lo que respecta a la función de protección, la ley penal tiene como finalidad impedir la imposición de la ley del más fuerte. Decía Lacordaire “Entre el débil y el fuerte, la libertad oprime y la ley libera”<sup>1</sup>. Y esto es lo que se pretende transmitir al hablar del Derecho penal “defensor de la viuda y del huérfano”: la ley penal se aplica para defender a los más débiles.

### **A) La protección de las víctimas á través de la defensa de los valores sociales fundamentales**

- En primera línea de las competencias penales destinadas a proteger a las víctimas de la ley del más fuerte podemos encontrar, evidentemente, las destinadas a proteger la integridad física de las personas, es decir, aquellas que incriminan las diversas formas de violencia física:
  - o Atentados contra la vida: asesinato, homicidio, actos de tortura y de barbarie.
  - o Violencia en diferente intensidad: desde las lesiones más graves a las más leves, ejemplos de lo que se ha denominado “dosimetría penal”.
- La incriminación de la violencia moral, más reciente en nuestros sistemas jurídicos, ha experimentado un progreso real del que se han beneficiado las víctimas, que lleva a un mayor respeto hacia la dignidad humana: tener en cuenta el dolor moral permite velar por el respeto a la integridad psíquica, más difícil de calificar penalmente, pero también igual de importante para el respeto de los valores sociales fundamentales.
- La incriminación de la violencia de masas ha permitido luchar contra las víctimas colectivas generadas por los conflictos armados: el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad serán reprimidos en adelante no sólo desde el Derecho interno, sino también –y quizás incluso sobre todo– por los Convenios Internacionales: la existencia de un derecho humanitario demuestra que de lo que se trata es no sólo de proteger a las víctimas individuales, sino también, a través de ellas, a toda la humanidad.
- ¿Cómo no mencionar aquí a las víctimas de actos terroristas, a las que Antonio Beristain consagró toda su atención y compasión? La dificultad para calificar la violencia-terror, con una única definición, tanto en Derecho interno como

---

1. Henri LACORDAIRE: « Entre le fort et le faible c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».

en los Convenios internacionales, ilustra los límites que encuentra el legislador penal cuando, ante este tipo de violencia, se trata de conciliar la protección de las víctimas con el principio de legalidad.

En una conversación con Antonio intenté demostrar cómo la Criminología podía ayudar al legislador penal a delimitar mejor, y por tanto a definir mejor, los límites de la infracción terrorista. Es obvio que la literatura criminológica se ha dedicado más al análisis global del terrorismo, que al análisis de los otros dos niveles de interpretación: el acto (es decir, el mecanismo del terror) y el sujeto (a saber, el terrorista), debido al desinterés hacia la Criminología clínica.

- En la defensa de los valores sociales fundamentales se apunta por último la existencia de las incriminaciones dirigidas a luchar contra el racismo, el antisemitismo, el revisionismo, incriminaciones necesarias para mantener la cohesión social.

## **B) La segunda técnica de la ley penal, más subjetiva, consiste en proteger a las víctimas que yo denominaría “poblaciones frágiles”**

1. La primera causa de fragilidad tiene relación, evidentemente, con la edad de la víctima. Los menores son objeto de una protección específica, ya sea a título principal o bien a través de una circunstancia agravante que se suma a la infracción principal: violencia física, abusos sexuales, cuya denuncia ha facilitado el legislador.

La fragilidad vinculada a la edad, motivada en particular por la prolongación de la esperanza de vida, conlleva una mayor vulnerabilidad física y psíquica, lo que ha llevado al legislador a otorgar actualmente una cada vez mayor protección para las personas mayores, especialmente a través no sólo de una circunstancia agravante, sino también de una infracción específica, objeto de demanda cada vez en más ocasiones: el abuso de debilidad.

2. La segunda causa de fragilidad reside en la situación de la víctima, que le sitúa en una posición de debilidad, física, mental, sociológica (prejuicios).

En este grupo de población encontramos en primer lugar a las mujeres; prueba de ello es el número, la importancia, la calidad de los trabajos y comunicaciones sobre violencia de género presentados en este Congreso. Debo citar como ejemplo el caso de España, por el progreso realizado en su legislación en esta materia. La incriminación del acoso moral, especialmente en el ámbito laboral, es ilustrativa del largo camino que resta por recorrer para conseguir la igualdad.

No debe olvidarse, entre las poblaciones frágiles, todas las demás formas de discriminación de las que son objeto las personas discapacitadas, los enfermos mentales, los homosexuales, los inmigrantes, etc. que la ley penal se esfuerza mal que bien en proteger.

La protección penal de las víctimas, cuya cifra muestra su vulnerabilidad, ha llevado a la multiplicación de las incriminaciones dirigidas a respetar los valores sociales fundamentales. Y esta lista conlleva, por tanto, la diversificación y multiplicación de las acciones judiciales al respecto.

La existencia de este contencioso afecta necesariamente al funcionamiento del sistema de justicia penal, puesto que la ley simplemente se quedaría en el papel, y no sería nada más, si no permitiera aplicar la protección que se ha concedido a las víctimas.

Y es esto lo que nos lleva a verificar, en una segunda parte, las técnicas procesales dirigidas a la puesta en práctica dicha protección.

## **PARTE II: LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS DESDE EL DERECHO PROCESAL PENAL**

La protección penal de las víctimas quedaría en papel mojado si no se acompañara de los medios de protección que permitan la puesta en práctica de los instrumentos que la ley les confiere para hacerla efectiva.

Ahora bien, es preciso recordar que la víctima, durante mucho tiempo, ha sido la “gran olvidada de la justicia penal”.

Su progresiva personación ante los tribunales le ha convertido en un actor cada vez más presente en el debate judicial. La protección establecida por ley correría el riesgo de quedarse en papel mojado si no dispusiera de los medios que le permitieran ser la actora de su propia protección.

Por tanto, es importante preguntarse sobre las consecuencias que se derivan de la naturaleza del proceso penal, antes de abordar las técnicas procesales sobre la puesta en práctica de la protección.

### **A) La transformación de la naturaleza del proceso penal**

La mayor presencia de la víctima en el proceso penal modifica –algunos dicen que altera– el esquema clásico del proceso dual, que enfrenta a acusador y acusado.

Históricamente, la eliminación progresiva de la venganza privada ha llevado a sustituir a la víctima por el acusador público (el Ministerio Fiscal), encargado de representar a la sociedad en su defensa.

Desde esta perspectiva, la víctima aparecía como un elemento perturbador, que interfería el curso de la justicia pública al hacer valer intereses de orden privado, incluso, egoístas.

La promoción de los derechos de la víctima conlleva, evidentemente, la desaparición de esta concepción. La necesidad de luchar contra la inactividad del Ministerio Fiscal, desbordado por el número de procesos, y la insatisfacción social como consecuencia del rechazo de la víctima que queda fuera de la justicia, ha forzado a que se le reconozca un papel cada vez más importante en el desarrollo del proceso penal.

El sistema clásico del proceso dual es sustituido por un proceso triangular, en cuyo seno el autor de la infracción se ve enfrentado a dos oponentes. La búsqueda de un equilibrio que garantice la igualdad de derechos de las partes en un proceso equitativo es más difícil de conseguir.

## **B) ¿Cuáles son entonces las técnicas procesales que han permitido garantizar la presencia activa de la víctima en el seno de este nuevo proceso penal?**

Algunas de estas técnicas son ya conocidas y no es preciso insistir en ellas. Nos limitaremos, por tanto, a mencionar las medidas a favor de las víctimas.

1. La primera técnica consiste en la posibilidad que tiene la víctima de ejercer la acción pública constituyéndose en parte, incluso contra la opinión del Ministerio Fiscal.

Esta posibilidad no se ofrece en todos los sistemas jurídicos, obligando a la víctima a acudir a la vía civil, con todos los inconvenientes que conlleva.

2. La segunda técnica consiste en aumentar la participación de la víctima en el desarrollo del proceso,
  - bien a través del reconocimiento del derecho a participar en la instrucción al objeto de obtener pruebas de la infracción,
  - o por el reconocimiento del derecho a apelar determinadas decisiones en la instrucción y/o en el enjuiciamiento, o de recurrir en casación.

En algunos sistemas este derecho no se extiende a la posibilidad de recurrir las decisiones sobre el pronunciamiento de la pena, lo que conlleva muchas veces que las víctimas se sientan frustradas.

3. La atención procesal hacia las víctimas llega incluso a romper el equilibrio entre las partes inclinándose a su favor, hasta el punto de alterar el esquema del proceso triangular. Un ejemplo de ello es la creación en Francia, por un Decreto de 13 de noviembre de 2007, del juez delegado para las víctimas (llamado JUDEVI), destinado a configurarse como “el interlocutor privilegiado de la víctima”, dotado de amplios poderes administrativos, durante y después del proceso. Esta figura ha sido criticada por algunos sectores que consideran que queda en entredicho la imparcialidad del juez, en la medida en que éste puede, llegado el caso, verse forzado a presidir el tribunal penal, y tomar una decisión, tras su remisión a la vía civil. Entendemos que la creación de este juez no ha estado desprovista de motivos políticos, en un contexto político criminal alentado por consideraciones electoralistas.

Es más, la víctima llega a verse implicada no sólo en el pronunciamiento de la pena, sino también en las modalidades de su ejecución. Así, el juez de ejecución penal puede o debe consultar a la víctima en el momento de pronunciarse, por ejemplo, sobre la libertad condicional (Ley francesa de 1 de julio de 2008 sobre “los nuevos derechos de las víctimas”).

## **CONCLUSIÓN**

Hemos apuntado al comienzo de esta intervención que no era nuestra intención realizar un balance de la protección penal actual de las víctimas. Por tanto, resulta difícil concluir con una respuesta a la cuestión que se ha planteado.

El panorama que hemos esbozado apunta algunos criterios orientativos.



- 1.** La constatación de una cierta expansión del Derecho penal que ilustra la tendencia de los poderes públicos a tratar los problemas sociales recurriendo a la ley penal, con todos los inconvenientes que ello conlleva.
- 2.** De esto se deriva necesariamente el consiguiente desplazamiento hacia el poder judicial para solucionar los problemas sociales. Esta judicialización no se refleja en los medios otorgados a la autoridad judicial, que resultan insuficientes para tratar estos problemas: falta de medios materiales, de recursos humanos, insuficiente formación profesional.
- 3.** Aunque la protección de las víctimas a través de la ley penal se considera necesaria, sigue siendo insuficiente.



EGUZKILORE

Número 25.  
San Sebastián  
Diciembre 2011  
135-145

## CESARE BECCARIA Y EL INDEX LIBRORUM PROHIBITORUM\*

Mario PISANI\*\*

*Catedrático emérito de Derecho Procesal  
Università degli Studi di Milano (Italia)*

**Resumen:** Publicado inicialmente con el nombre oculto de su autor durante un cierto tiempo, la obra *Dei delitti e delle pene*, cuya circulación fue prohibida ya en 1764 por los Inquisidores del Estado de la República Veneciana, suscitó enseguida el interés de la Congregación del Índice, encargada de la compilación y gestión del *Index librorum prohibitorum*. No incluida en la edición de 1764 de este último, su registro en el mismo aparece en los diversos suplementos del *Index*, hasta que en 1786 se recoge en la lista general. Pues bien, la fórmula adoptada para la inclusión en el Índice no ha dejado de suscitar equívocos –como por lo que respecta a la conexión con Voltaire y su propia motivación– que siguen requiriendo un esfuerzo de clarificación.

**Laburpena:** Hasiera-hasieran, denbora batez, egilearen ezkutuko izenarekin argitaratu zen *Dei delitti e delle pene* obra. 1764. urtean, Veneziako Errepublikako Inkisidoreek debekatu egin zuten haren zirkulazioa; eta ondorioz, berehala piztu zen Aurkibidearen Biltzararen interesa, *Index librorum prohibitorum* biltzeaz eta kudeatzeaz arduratzen zen taldearena. Biltzar honek ez zuen, ordea, bere 1764. urteko edizioan gehitu, baina *Index*en hainbat gehigarritan ageri da bere erregistroa. 1786an, berriz, zerrenda orokorrean sartu zuten. Aurkibidean gehitzeko erabilitako formulak, haatik, gaizki ulertuak sortu besterik ez du egin –Voltaireekin duen loturari eta berezko motibazioari buruzkoa–, eta oraindik ere ahalegin handia egin beharko da kontua argitzeko.

**Résumé :** Initialement publié avec le nom de l'auteur caché pendant quelque temps, l'ouvrage *Dei delitti e delle pene*, dont la circulation a été déjà interdite en 1764 par les inquisiteurs de l'état de la République de Venise, a immédiatement soulevé l'intérêt de la Congrégation de l'index, responsable de la compilation et la gestion de l'*Index librorum prohibitorum*. *Dei delitti e delle pene* n'a pas été inclus dans l'édition de 1764, mais son inscription apparaît dans divers suppléments de l'*Index* jusqu'en 1786, moment dans lequel cette ouvrage est incluse dans la liste générale. Mais, la formule adoptée pour leur inclusion dans l'*Index* a suscité des équivoques –comme, par exemple, en ce qui concerne la connexion avec Voltaire et sa propre motivation– toujours exigeant un effort de clarification

**Summary:** First published under the author's secret name, *Dei delitti e delle pene* was banned as early as 1764 by the Inquisitors of the Venetian Republic and immediately attracted the interest of the Sacred Congregation of the *Index*, who were responsible for compiling and divulging the *Index librorum*

---

\* Trad. J.L. de la Cuesta Arzamendi.

\*\* Medalla Cesare Beccaria de la Sociedad Internacional de Defensa Social, entregada en San Sebastián el 1 de julio de 2011.

*prohibitorum*. It was not included in the 1764 edition, but it was registered in the many supplements of the *Index*, before it officially featured in the general list in 1786. The formula devised to secure its inclusion in the *Index* has been the subject of much speculation –as have Voltaire’s possible connection and motivation–. In this regard there are still many areas of doubt that require clarification.

**Palabras clave:** Derecho penal, Criminología, Cesare Beccaria, “dei delitti e delle pene”, “index librorum prohibitorum”.

**Gako-hitzak:** zigor Zuzenbidea, Kriminologia, Cesare Beccaria, “dei delitti e delle pene”, “index librorum prohibitorum”.

**Mots clef :** Droit pénal, Criminologie, Cesare Beccaria, “dei delitti e delle pene”, “index librorum prohibitorum”.

**Key words:** criminal Law, Criminology, Cesare Beccaria, “dei delitti e delle pene”, “index librorum prohibitorum”.

1. Iniciado en marzo de 1763, el manuscrito de Cesare Beccaria titulado “*Dei delitti e delle pene*” se finaliza en enero de 1764, y el 12 de abril de aquel año es remitido a Livorno por correo, y confiado al editor Coltellini, al cuidado de Giuseppe Aubert<sup>1</sup>.

Este último ha sido considerado el “vehículo primario de la difusión anónima de los escritos más significativos de la ilustración lombarda<sup>2</sup>”. Y efectivamente también el trabajo de Beccaria fue publicado de forma anónima: por prudencia, se dirá, no por modestia<sup>3</sup>.

El nombre del autor quedará oculto durante un cierto tiempo para el mismo Aubert, hasta el punto de que, decidido a sacar provecho de la creciente fama de la obra –salida de la tipografía en julio de 1764, se habían vendido más de quinientas copias en el plazo de un mes–, poco después anuncia una nueva edición hablando erróneamente de que el trabajo ha de atribuirse a la pluma del mismo autor de las

---

1. Para estos datos se remite a LANDRY, y precisamente a CESARE BECCARIA, *Scritti e lettere inediti, raccolti e illustrati da E. Landry*, p. 283, Milano, 1910, p. 283. V. también VENTURI, *Settecento riformatore - Da Muratori a Beccaria*, Torino, 1969, p. 711 ss.

2. Así FUBINI, FIRPO y VENTURI, en el informe para la inserción –entre las Memorias de la Academia de Ciencias de Turín– del volumen de LAY, *Un editore illuminista: Giuseppe Aubert nel carteggio con Beccaria e con Verri*, Torino, 1973.

3. Se expresará de este modo en su *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines, traduit de l'italien*, el jurista MUYART de VOUGLANS. Un pasaje del texto, editado originalmente en 1767, es recogido por VENTURI, entre la documentación –v.p. 425– que acompaña a su conocidísima edición de *Dei delitti e delle pene*, publicada por el editor Einaudi en 1965.

Y se recomendaba una actitud prudente (“... el secreto y la buena conducta podrán servir de defensa”) por parte de Aubert cuando, sin haber recibido todavía el texto, se le veía prefigurar sintéticamente el contenido hasta el punto de especular que la obra “contener cosas para dar en la nariz”, no tanto a los teólogos, cuanto “al gobierno”. Así, el 13 de marzo de 1766, escribía al “muy reverendo Padre” que, desde Milán, había facilitado la impresión en Livorno, tras sugerencia de Pietro Verri. Un pasaje de la carta es reportado por L. FIRPO, *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»*, en *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, dirigida por Luigi Firpo, vol. I, Milano, 1984, p. 385.

LEONE parece prescindir de todo esto cuando atribuye un valor simbólico póstumo al originario encauzamiento anónimo, en el sentido de poder en él percibir “el carácter solemne de una expresión casi coral, genuina y espontánea de una humanidad que reivindica sus rasgos propios”: así en el *Discorso inaugurale* de la celebración del *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera «Dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria* [1964], quad. n. 71 de la *Accademia Nazionale dei Lincei*, 1965, p. 28.

*Meditazioni sulla felicità* (por tanto, a Pietro Verri), publicadas el año anterior, de forma igualmente anónima por el mismo editor<sup>4</sup>.

**2.** Es bien sabido que Beccaria, y con él el limitado círculo de sus aliados y admiradores italianos, suscitó el interés, por su obra, de la autoridad pontificia –la Congregación del Índice–, encargada de la compilación y gestión del *Index librorum prohibitorum*<sup>5</sup>. De ello da cuenta una carta del 15 de marzo de 1766, dirigida por Aubert a Pietro Verri<sup>6</sup>, con el ruego de “hacer saber al Señor Marqués Beccaria” –en aquella época, como se ve, ya se había aclarado el misterio sobre el nombre del autor de la obra– “que no se sabe nada de que el libro *Dei delitti e delle pene* haya sido prohibido en Roma”. Y añadía, excusándose, por la falta de información: “No lo creo porque, si fuera así, vigilantísimo y celosísimo hermano de la Inquisición no habría dejado de mandar hacérmelo saber, según su costumbre”. Pero incluso si “fuera así” –de este modo el editor quería tranquilizar y alentar a sus interlocutores– “no sería el mayor mal del mundo. Me ha dicho un ministro de grandísima consideración que un autor no debe afligirse nada si Roma le prohíbe una obra: primero, porque en Roma prohíben todo lo que no sea Bellarmino o similar; segundo, porque no es Roma –la especificación está destinada a asumir una particular resonancia– quien con sus prohibiciones decide sobre el valor de los libros, sino el público”<sup>7</sup>.

**3.** Pero antes de esta carta de intenciones tranquilizadoras, ya en agosto de 1764 surgía la prohibición de circulación de la obra decretada por los Inquisidores del Estado de la República Veneciana –calificada como una suerte de “condena laica”<sup>8</sup>–, debido a

---

4. VENTURI, *L'immagine della giustizia*, en *Riv. stor. ital.*, 1964, p. 378, y en AA.VV., *Omaggio a Beccaria* (Quad. de la *Rivista storica italiana*, n. 5), 1964, p. 37.

5. Sobre el tema v., por último, SEIDEL MENCHI, *La Congregazione dell'Indice*, en *Accademia Nazionale dei Lincei - Congregazione per la Dottrina della Fede, L'apertura degli archivi del Sant'Uffizio romano*, Roma, 2000, p. 31 ss.

6. Con esa fecha la carta es parcialmente reproducida por MAURI, *La cattedra di Cesare Beccaria*, in *Arch. storico ital.*, 1933, p. 217, y por FIRPO, *op. cit.*, p. 460, mientras que VENTURI, en la documentación citada aquí en la nota (3), en lap. 208, refiere la datación al 8 de agosto del mismo año.

7. Que con la publicación de *Dei delitti e delle pene* –incluso anónima– se corriera el riesgo de incurrir en la prohibición romana era algo fácilmente previsible, habida cuenta de la notoria y antecedente (29 de noviembre de 1751) puesta en el Índice de *L'Esprit des Lois*, de Montesquieu, inspirador indudable de la obra de Beccaria (entre los pocos autores mencionados, él aparece tres veces). Para el encuadre explicativo de tal condena v. ROSA, *Cattolicesimo e «lumi»: la condanna romana dell'«Esprit des Lois»*, en *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Bari, 1969, p. 96 ss. “Trabajosamente” –añade el autor– el duque de Nivernais, embajador en Roma (v. LANDRY, *op. cit.*, p. 111, nota (3)), a título de “gracia personal” –y pequeña “solución tácita y minimizadora (p. 117)– “había obtenido de Benedicto XIV (...) que el decreto no fuera emitido separadamente, sino que la nota de condena fuera incluida en el elenco normal de los libros prohibidos del año, como sucede en efecto en fecha de 2 de marzo de 1752”. Se trató –v. también ROSA, *Per la storia del Sant'Uffizio e della Curia romana nell'età moderna*, en *Accademia Nazionale dei Lincei, L'Inquisizione e gli storici: un cantiere aperto*, Roma, 2000, p. 395– de la “primera condena por parte de Roma de una de las mayores obras de la cultura ilustrada”. Sobre el procedimiento relativo a la condena en cuestión v. ROTONDÓ, *La censura ecclesiastica e la cultura*, en *Storia d'Italia*, vol. V, I, Documenti, t. II, Torino, 1973, p. 1490.

8. MAURI, *La cattedra di Cesare Beccaria*, *cit.*, p. 219. Por otra parte, DELMAS-MARTY, *Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria*, en AA.VV., *Cesare Beccaria and Modern Criminal*

la temida conexión con el intento de reforma del poder oligárquico desencadenado con anterioridad por una fracción de la nobleza veneciana<sup>9</sup>.

Tras esta prohibición surgen en seguida, a comienzos de 1765, las *Note ed osservazioni sul libro intitolato «Dei delitti e delle pene»*, firmadas por el monje vallombrosano Ferdinando Facchinei<sup>10</sup>, que, a pesar del intento del autor de confesarse impulsado por el “simple honrado amor de la bella verdad”, se sospechó que representaba la voz oficial del gobierno de la Serenísima.

Del “librito” del todavía desconocido Beccaria el padre Facchinei hablaba como de un trabajo que, a pesar de su “tan pequeña entidad, sin embargo estaba lleno de largas inútiles invectivas contra los Legisladores y contra los Príncipes tanto Eclesiásticos como Seglares, y especialmente contra el Sacro Tribunal de la Inquisición”. Sin quedarse satisfecho con lo anterior, el autor de las *Notas* presentaba el “librito” como conteniendo “los errores más enormes y sediciosos proferidos hasta ahora contra la Soberanía y contra la Religión Cristiana por los herejes más impíos y por los Antiguos y Modernos Irreligiosos”<sup>11</sup>.

Como es sabido, a las *Note ed osservazioni* en cuestión no faltaron, en brevísimo tiempo, una *Respuesta* analítica y rigurosa a cargo de los hermanos Verri<sup>12</sup>. A tales llamadas parece oportuno añadir, a los limitados fines de nuestro discurso de reconocimiento, que todavía no somos capaces de comprender –al menos en el estado actual de la investigación– en qué medida los dos escritos contrapuestos pudieron incidir y/o, respectivamente, no incidir en la “condena eclesiástica” de la obra maestra de Beccaria sobre la que, más en detalle, deseáramos detenernos en este trabajo.

**4.** Para ligar mejor el hilo de lo dicho y nuestro discurso, parece adecuado fijar algunas fechas importantes del itinerario retrospectivo que tratamos de recorrer.

Como ya se ha dicho, para el libro *Dei delitti e delle pene* no tardó mucho en venir a menos, incluso para el público, la característica del anonimato.

---

...  
*Policy*, Milano, 1990, p. 135, recuerda que el aquí ya cit. Muyart de Vouglans (v. nota 3) había incitado a las autoridades públicas a “ejercer su censura y emplear toda su autoridad para detener el contagio” que podría derivar de la obra en cuestión.

9. Al respecto v. le *Notizie intorno alla vita e agli scritti del marchese Beccaria Bonesana*, elaboradas por un anónimo (ciudadano milanés) para la edición de las *Opere di Cesare Beccaria* a cargo de la Società Tipografica dei Classici Italiani, vol. I, Milano, 1821, p. XXXVI–XXXVII. V. después, en particular, TORCELLAN, *Cesare Beccaria a Venezia*, en *Settecento veneto e altri scritti storici*, Torino, 1969, p. 210.

10. V. en *Dei delitti e delle pene/Edizione novissima/Di nuovo corretta, ed accresciuta/Tomo terzo/che contiene/le Note ed osservazioni/su lo stesso argomento*, Bassano, 1789 (ed. Remondini, de Venecia, pp. 255).

11. FACCHINEI, *op. cit.*, p. 250. Algunos pasajes finales de las *Note* son recogidos por VENTURI, en la edición de Beccaria citada en la nota (3), pp. 164 ss.

12. Parcialmente reproducida por VENTURI, *op. ult. cit.*, p. 178 ss. Para un amplio y riguroso análisis, v. MASSETTO, *Pietro e Alessandro Verri in aiuto di Cesare Beccaria: la risposta alle Note del Facchinei*, en AA.VV., *Pietro Verri e il suo tempo* (Quad. di Acme 35), 1999, p. 289. Escribiendo al traductor francés Morellet, el 26 de enero de 1766, Beccaria –para el texto de la carta v. VENTURI, *ibid.*, p. 362– dirá: “la respuesta al hermano [estaba] destinada solamente a protegerme de la turbación que me amenazaba”.

Para ello fue determinante la deliberación de la “Patriotische Gesellschaft” de Berna, con la cual –el primer anuncio fue publicado el 1º de octubre 1765– se acordó “ofrecer una Medalla valorada en veinte ducados de oro al autor anónimo de un Tratado publicado en lengua italiana sobre los *Delitti e le pene*”, al tiempo que “se animaba al mismo autor a darse a conocer y a disfrutar de esta muestra de estima debida a un buen Ciudadano, que no teme alzar la voz en favor del género humano, contra los prejuicios más enraizados”<sup>13</sup>.

Cesare Beccaria se prestó entonces a ser (re)conocido al remitir desde Milán a la “Patriotische Gesellschaft” una carta, el 20 de noviembre de 1765<sup>14</sup>. En ella expresaba su gratitud por la “flatteuse récompense” por su trabajo, del que indicaba como primera fuente inspiradora l’“amour de l’humanité”<sup>15</sup>.

Poco después, el 27 de diciembre del mismo año, aparecía en París la célebre traducción de Morellet, realizada con base en la tercera edición de la obra de Beccaria, que se presentaba como “revisada, corregida y aumentada” por él<sup>16</sup>.

Subrayamos estas dos fechas (20 de noviembre y 27 de diciembre de 1765), importantes y contiguas entre sí, para remarcar que cuando, precisamente el 3 de febrero de 1766 –y esto a breve distancia de la misma fecha–, la Congregación del Índice decretó la “condena eclesiástica” de la monografía de la que se está hablando, la obra siempre figuró como anónima<sup>17</sup>. Es verosímil concluir que como tal figuraba todavía en el momento en que fue activado el primer impulso para la decisión condenatoria, y que tal vez no hubo posibilidad de realizar ninguna actualización posterior.

Se ha hecho resaltar cómo la condena, que no había sido registrada en la edición de 1764 del *Index librorum prohibitorum*, “fue incluida en la lista general sólo en la edición promovida por Pío VI en 1786”, mientras que previamente había sido registrada únicamente en los diversos suplementos del *Index*<sup>18</sup>.

Como colateral, y por sí misma frágil, confirmación de la condena y de la fecha de 3 de febrero de 1766 puede hacerse referencia a la respuesta que, a la solicitud inicial y específica de un jovencísimo investigador piomontés fue a dar un autorizado exponente de la Biblioteca Vaticana. Este último, sin detalles más particulares referibles al *Dei delitti e delle pene*, se refería al “Diario ordinario n. 7585”, del 12 de febrero de 1766, con la siguiente y sumaria especificación: “Por la Sagrada Congregación de esta Santa Romana y Universal Inquisición, fue publicado Decreto impreso en fecha

13. Al respecto, v. FIRPO, *Le edizioni italiane*, cit., p. 454.

14. El texto de la carta se encuentra (parcialmente) transcrito en BECCARIA, *Opere*, vol. II, a cargo de S. Romagnoli, Firenze, 1958, p. 861; en lap. 572 de la edición a cargo de Venturi cit. en la nota (3), y en el vol. IV de la *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, Carteggio (parte I: 1758-1768)*, Milano, 1994, p. 153.

15. Cfr. PISANI, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 407.

16. FIRPO, *Le edizioni italiane*, cit., p. 455.

17. Como fuentes del dato y de la datación en cuestión, se indican normalmente los repertorios clásicos de REUSCH, *Der Index der verbotenen Bücher*, vol. II, pt. II, Bonn, 1885, pp. 990-991, y de HILGERS, *Der Index der verbotenen Bücher*, Freiburg im Breisgau, 1904, p. 451.

18. FIRPO, *Le edizioni italiane*, cit., p. 459, nota (3), y p. 460, nota (1).

«Segunda feria del tercero de Febrero de 1766» en el cual, con aprobación de Su Santidad, son condenados y prohibidos impresos procedentes de distintos lugares, y en idiomas diversos, conteniendo materias variadas y todos con portadas diversas, los cuales se ligan distintamente uno por uno en el mismo Decreto con los nombres *de algunos* [la cursiva es nuestra] de sus autores, prohibiendo a toda persona su lectura etc.”<sup>19</sup>.

Se trató por tanto de una suerte de “hornada de prohibiciones” de la Congregación del Índice<sup>20</sup>, en el ámbito de la cual la presencia de la obra de Beccaria, a decir verdad, podía ser inducida, por el peticionario, combinando la especificidad de la solicitud informativa con la indudable autoría del órgano que, en la respuesta, le confería un siquiera genérico respaldo.

5. A propósito de la fórmula adoptada para la “puesta en el Índice”, se ha venido produciendo algún equívoco que probablemente merece cierta clarificación.

De hecho, un autorizadísimo estudioso, Franco Venturi, aun no habiendo conocido, ni podido conocer, el texto –todavía secreto– de la condena, en un primer momento habló como de una decisión adoptada “en una de las tantas formas indirectas y ambiguas que se acostumbraba a adoptar en tales casos”<sup>21</sup>, y más tarde, de un modo ciertamente acentuado, de decisión “formulada en la forma (*sic*) más embrollada e hipócrita de entre las muchas a disposición de la Congregación”<sup>22</sup>.

El equívoco es debido al hecho de que el autor confundió –repito: sin haber podido conocerla– la decisión condenatoria con su formalización sintética, resultante del simple hecho de la mera indicación, o poco más, y del registro alfabético y cronológico en el *Index*.

El hecho, pues, de que se haya hablado de formulación indirecta, ambigua, enmarañada e hipócrita –habría que decir también: sin nombrar en ningún momento a Beccaria– es explicable, pero no justificable, de un lado con la constatación de que la fuente informativa tomada como base era la simple consulta del bien acreditado repertorio de Heinrich Reusch, datado en 1885<sup>23</sup>, y no las ediciones del *Index* que se sucedieron posteriormente en el tiempo; y, por otra parte, como resultado de una no correcta exégesis de la completa anotación gráfica mencionada.

En cuanto a la primera cuestión –y dejando claro que no puede identificarse el texto (desconocido) de una condena con su simple datación (3 de febrero de 1766)– queda dicho, para descargo de las acusaciones de hipocresía, que el nombre, en la letra

19. Así resulta de la nota (5) –pp. 33/34– de la tesis de laurea de A. DE MARCHI, titulada *Cesare Beccaria e il processo penale*, publicada en Turín, en 1929, con prefacio del prof. Eugenio Florian. El joven doctor en derecho mantenía que el mencionado “Diario ordinario” (n. 7585) podía ser contado entre “los periódicos de la época (...) menos destacados”. De la misma opinión será más tarde MAURI, *op. cit.*, p. 214, nota (2), que aludía a “uno de los folletos volantes que precedieron a la llegada del periodismo”.

20. De este modo se expresa VIANELLO, *La vita e l'opera di Cesare Beccaria*, Milano, 1938, p. 32.

21. VENTURI, en la *Nota introduttiva* (p. 8) al volumen a su cargo y publicado en 1958, con el título *Illuministi italiani*, tomo III, *Riformatori lombardi, piemontesi e toscani*.

22. VENTURI, en la *Introduzione* (p. XV) de la obra (1965) cit. en la nota (3).

23. V.p. 8, nota (2), de la edición firmada por VENTURI cit. en la nota (3).



B, de Cesare Beccaria, con llamada textual –en términos de reciprocidad– a la obra *Dei delitti e delle pene*, realmente aparece en el *Index* sólo con la edición de 1901 (y hasta la edición, por decirlo así, terminal de 1948)<sup>24</sup>.

Por lo que respecta a la segunda cuestión (lo de la formulación indirecta y enmarañada), parece oportuno suministrar algunos ulteriores detalles explicativos.

En las primeras ediciones del *Index* (sucesivas a la de 1764), recaída la condena de la obra, la mención de la obra misma, en forma anónima, viene sólo flanqueada por las dos siguientes entradas: *Vide Voltaire*. *Vide Abhandlung*.

El reenvío a Voltaire remite a la relativa y bien sustanciosa voz del mismo *Index*, y, en el ámbito de la misma, en particular al mencionado y específico *Commentaire sur livre des Delits & des Peines*. Pero que con ello se quisiera llevar a cabo así *tout court*, de manera reticente, y *per relationem*, una formulación explicativa, pero sólo de forma indirecta y enmarañada, es algo desmentido por las sucesivas anotaciones; o bien por la segunda indicación, por cuanto el segundo *Vide* se refiere, de manera nada explicativa, a una desconocida *Abhandlung* de cierto J. Edler, que sólo tiene relación con la obra de Beccaria por el hecho de su título (*Abhandlung von Verbrechen und Strafen*, objeto de condena por la Congregación con fecha de 19 de julio de 1768). Se trataría por tanto, en ambos casos, de reenvíos inspirados por criterios de diligencia o escrupulosidad en la redacción y no, apunto, de formulaciones explicativas, mucho menos de tipo indirecto, embrollado y ambiguo.

**6.** Ya se ha dicho, de todos modos, que la conexión entre Beccaria y Voltaire es todo menos peregrina.

Es bien conocida, en primer lugar, la gran estima que el segundo manifestó por el primero, lo que tuvo hasta benéficos efectos en la difusión y notoriedad de su obra<sup>25</sup>: “Hace veinte años –dejó escrito Voltaire, refiriéndose a Beccaria– se iba a Italia para admirar estatuas antiguas y para escuchar música, pero ahora se puede también encontrar hombres que piensan y que luchan contra la superstición y el fanatismo”<sup>26</sup>.

Menos conocido, pero no menos significativo de una cierta afinidad ideal subsistente entre los dos, es el hecho de que no pocas fueron las primeras publicaciones que

24. FIRPO, *Le edizioni*, cit., p. 459, nota (4), alude también al repertorio de HILGERS, fechado en 1904, y de forma totalmente perentoria escribe que “el nombre de Beccaria no fue nunca mencionado”. En cuanto a la (todavía no conocida) condena, y sin embargo calificada como “condena in bloque, sin ni siquiera el ancla de salvación del *donec expurgetur*”, parece que puede afirmarse que, para la Congregación, una tal cláusula debía aparecer, para la obra en cuestión, como escasamente plausible y, por tanto, muy difícilmente proponible.

25. GODECHOT, *Beccaria et la France*, en *Accademia delle Scienze, Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria* (4-6 ottobre 1964), Torino, 1966, p. 83. El anónimo redactor de las *Notizie* cit. en nota (9) destacaba que, a pesar de la “poca profundidad” del *Commentaire*, ello –p. XXXV– demostraba “de cuánta fama gozaba una obra, a la cual deseaba hacer un comentario quien por consenso unánime era considerado el primer escritor de Europa”.

26. El paraje es citado por MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977, p. 52. (Del mismo autor, v. *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law*, New York, 1942, rist. 1972).

amalgamaron materialmente el *Dei delitti e delle pene* y el relativo *Commentaire voltairiano*<sup>27</sup>.

Pero todo esto no explica todavía –repetimos– que el “*Vide Voltaire, Vide Abhandlung*” pueda llevar a “creer que el comentario de Voltaire haya sido más que otra la causa de la decisión” de condena<sup>28</sup>, al menos si se quiere tener presente, de un lado, que, como emerge ya en la primera lectura, el *Commentario* .... no era en absoluto un comentario verdadero y propio del escrito “incurminado”, y que, por otra parte, puede considerarse que, por lo que respecta a los problemas de orden penal, fue Beccaria el que influyó sobre Voltaire, y no viceversa<sup>29</sup>.

No muy lejos, en cuanto a suposiciones y aproximaciones, llevan otros intentos de explicación causal plausible de la condena de Beccaria<sup>30</sup>. Hay quien ha hablado, como motivo de la misma condena, de “simpatía por los Enciclopedistas” (añadiéndose que tal vez se trataba de “causa única”)<sup>31</sup>; otros de oscilaciones, efecto de una cierta adhesión a la teoría de la *doble verdad*, “entre el sensualismo entonces de moda en Italia (...), la teoría del Estado concebido como un contrato, en la línea de Hobbes y Rousseau, y un fondo de filosofía cristiana”, aprendida en edad juvenil<sup>32</sup>; otros de adhesión a los que serán los principios de la Revolución francesa, y más en particular, “la exaltación del individuo”, o bien la idea de los derechos del hombre, a propugnar y defender contra la Sociedad, “siempre imperfecta y tirana”<sup>33</sup>; otros incluso de “demasiado estrecha adhesión a la filosofía racionalista”<sup>34</sup>.

**7.** La condena de Beccaria sobreviene –y no mucho tiempo después él tuvo que tener conocimiento de ello por vía indirecta– cuando estaba llegando a puerto la “quinta” edición de su obra maestra.

La condena aparece entonces –así escribe Luigi Firpo, evocando la metáfora de la navegación– como “un golpe de viento imprevisto [que] estuvo a punto de provocar el

27. V., en *Opere di Cesare Beccaria*, cit. en nota (9), p. LXXIX, el *Catalogo delle edizioni e traduzioni del Trattato Dei delitti e delle pene raccolte dal marchese Giulio Beccaria, figlio dell'Autore, presso cui trovasi l'autografo*.

28. Así se expresaba VIANELLO, *op. cit.*, p. 128, nota (14 bis).

29. Cfr. el prefacio de FRANCONI a VOLTAIRE, *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, trad. it., Como-Pavia, 1994, p. 14.

30. Prescinde totalmente de tal condena LEONE, en el discurso *cit.* en nota (3), cuando incluso precisaba (*ibid.*, p. 24) que “el mensaje civil y humano de Cesare Beccaria fue también un mensaje cristiano, diré fue sobre todo mensaje cristiano”, atendido que –y *per se* tal afirmación no es excéntrica o secundaria– “núcleo central de la obra es la consideración del hombre como persona y no como cosa”.

31. DE MARCHI, *op. cit.*, p. 33.

32. COJAZZI, en un apéndice –“sobre la obra de Cesare Beccaria”– en la *Deontologia* de BENTHAM, 2ª ed., Torino, 1929, p. 103.

33. CASATI, *L'Indice dei libri proibiti –Saggi e commenti–* Parte III – Milano, 1936, p. 36. El autor –para cuyo perfil v., *ad vocem*, la *Enciclopedia ecclesiastica* dirigida por Bernareggi, Milano-Torino, vol. II, 1944, p. 10– se había ya ocupado con anterioridad del tema en la parte II de su trabajo: v. *Saggi e commenti–Libri letterari*, Milano, 1936, p. 495.

34. Así MAESTRO, *op. cit.*, p. 43.

naufragio”, y que llevó a Beccaria, “lleno de pavor y de consternación”<sup>35</sup>, a “reclamar la retirada de todas las copias ya distribuidas y la sustitución de las páginas preliminares con otras que devolvieron la obra al anonimato más impenetrable”. Procederá, a continuación, más precisamente, a la sustitución de la portada original y la supresión de la referencia al premio de Berna, que habría permitido descubrir al autor. El nombre de Beccaria, desaparecido de la edición publicada en septiembre de 1776, vuelve a aparecer sólo a partir de las reimpresiones no autorizadas de 1770 y 1783<sup>36</sup>.

Aparte de esto, Cesare Cantù escribió: “No sabemos que Beccaria sufriera la mínima molestia, no digo de la Inquisición, sino incluso de la Sagrada Congregación del Índice”<sup>37</sup>.

Es un hecho que en 1768, a sólo dos años de distancia de la decisión romana de condena, la emperatriz María Teresa de Austria nombraba a Beccaria “público profesor de Ciencias jurídicas y económicas”. El nombramiento había sido patrocinado, en Viena, por Kaunitz, canciller de Estado inspirador de la política reformadora del Estado de Milán, que actuó en consuno con Firmian, por muchos años ministro plenipotenciario austriaco en la misma sede. Mérito del primero, se ha subrayado, fue no dejarse paralizar “por la inclusión en el índice de la única obra del futuro profesor”, ni por el empeño desplegado por el clero milanés para refutarlo –como señalaba Firmian– «con mucha acritud»<sup>38</sup>.

**8.** Con el paso de los años, el evento de la inclusión en el Índice del libro de Beccaria, entró en la penumbra.

De ello puede ser prueba el hecho de que, cuando, en 1854, la “*Civiltà cattolica*”, es decir, una revista protegida por altas acreditaciones vaticanas, llegó a publicar una larga presentación de la obra de nuestro autor<sup>39</sup>, el anónimo padre que la redactó

---

35. Bien distinto fue la actitud sugerida por el abate Longo, en una carta de Roma fechada el 9 de marzo de 1766 (y por tanto poco después de la condena) dirigida a Beccaria y a los amigos milaneses de la *Accademia dei Pugni*. Ver el vol. IV, p. 261 ss., del *Carteggio cit.* en nota (14): “...Pour la défense, je crois que le mieux est de se taire et de marquer par ce silence l'estime, qu'on en fait: cela d'autant plus qu'il n'y a point le nom de l'auteur, qui n'en a assurément rien à craindre”. En cuanto a la “estima” del mismo abate –una figura, realmente, más bien singular– con típica ironía del siglo XVIII escribía así (*ibid.*, p. 262): “... J'ai appris qu'on a inséré dans le catalogue des livres défendus un certain ouvrage dangereux dont le titre est *Dei delitti e delle pene*. On m'a dit qu'il y a force d'extravagances qui pourraient bouleverser les sociétés. En effet il y avait lieu de s'étonner que cet ouvrage ne fu pas placé dans le catalogue de ces livres impies ou l'on voit le plus enorme abus de la raison humaine, et le venin repandu sous l'apparence de la précision et justesse mathématique”. Y en realidad de veneno (*venin*) hablará años después (v. *infra*, en el texto) el recensor anónimo de la *Civiltà cattolica*.

36. FIRPO, *Le edizioni italiane, cit.*, p. 459 ss.; VENTURI, en AA.VV., *Omaggio a Beccaria*, p. 41.

37. CANTU', *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, pp. 162–163, y nota (2).

38. VENTURI, *Settecento riformatore*, vol. V, *L'Italia dei lumi (1764–1790)* t. I, Torino, 1987, p. 450.

Sobre el papel protector de Firmian en relación con Beccaria v. referencias en CANTU', *Beccaria e il diritto penale, loc. cit.*

39. V. *Le opere di CESARE BECCARIA precedute da un discorso sopra la vita e le opere dell'A.*, de P. VILLARI (Firenze, 1854), en *La Civ. Catt.*, año V, 2ª serie, vol. VII, 1854, p. 394. Pocas páginas después se tiende a ilustrar “la maldad de aquel espíritu y los daños producidos por ello a Italia” (p. 395),

...

(quizá se trataba del autorizado P. Taparelli D'Azeglio) usó tonos de gran aspereza –como pone de manifiesto el exordio: “He aquí, gentil lector, otro de esos libros con los cuales Le Monnier continúa la serie repetida de los envenenadores de Italia ...”–, pero no mencionó la condena de 1766, cuando podía considerarse convergente con las intenciones demoleadoras del recensor<sup>40</sup>.

A esta toma de posición deseamos contraponer aquí la de otro padre jesuita, no anónimo, y director del Instituto de Criminología del País Vasco, Antonio Beristain, el cual se lamentaba, hace algunos años con motivo de un congreso milanés, de que la mayoría de los canonistas y de los teólogos que precedieron a Beccaria no hubiera criticado la deplorable situación de la política criminal de su tiempo, “violadora de los elementales derechos humanos y de los pueblos; y que, por su parte, los teólogos contemporáneos no hubieran aprobado, y desarrollado, su obra y más bien la hubieran criticado”<sup>41</sup>.

Otro había subrayado ya: la Iglesia de la época puso a Beccaria en el Índice, y “sólo el tempo ha decantado este conflicto mostrando también la presencia de elementos genuinamente cristianos en su pensamiento”<sup>42</sup>.

**9.** Pero, abriéndose camino la dimensión macroscópica con horizontes mucho más amplios, y consiguientemente con un juicio más allá de la figura y el papel histórico de Cesare Beccaria, la obra de decantación a la que se aludía ha dado, por decirlo así, pasos gigantescos. Queremos aludir, en primer lugar, al que fue llamado “el fin del Índice”: un fin que el papa Pablo VI se había propuesto realizar, “casi *en passant*”, comenzando por el *motu proprio* «*Integrae servandae*» de 7 de diciembre de 1965, de la misma fecha de la Declaración «*Dignitatis humanae*» sobre la libertad religiosa, del Concilio Vaticano II.

Si también puede ser verdad que del *Index librorum prohibitorum*, que se contemplaba a sí mismo como instrumento de la Contrarreforma, “los fieles se habían liberado ya antes, no siguiéndolo”<sup>43</sup>, no deja de ser excepcional que para poner en el

---

...  
 indicándose como “verdadero objeto del libro”, esto es, de *Dei delitti e delle pene*, el de “instilar en el ánimo este desprecio de las leyes y en los súbditos esa codicia de emanciparse”, de forma que el libro mismo resultó “oportunísimo para preparar los ánimos para las revueltas políticas de las que fuimos testimonio y víctima”.

40. La misma omisión caracteriza, un siglo después, la presentación, siempre en la misma revista (1951, vol. III, p. 209), de una edición de *Dei delitti e delle pene* a cargo de CALAMANDREI. El recensor anónimo reconoce el sentimiento de humanidad, subrayado por aquél que inspiraba a Beccaria y especifica después que él no lo atribuía “propiamente a las fuentes del cristianismo, sino a la ideología ilustrada del tiempo, de aquí los errores relevantes de la crítica católica”. Todo, por tanto, sin de nuevo hacer referencia a la condena de 1776.

41. BERISTAIN, *Los derechos humanos desde y hacia lo metarracional. Observaciones criminológicas sobre Beccaria*, en AA.VV., *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, cit., p. 198.

Y continuaba así el autor: “Con relativo rubor y dolor escribo esta nota, en la línea que Schillebeeckx denomina *la hoy deseable y provechosa eclesiología negativa* que corrige el prurito de superioridad de muchos siglos”.

42. BONDOLFI, *Pena e pena di morte*, EDB (Edizioni Dehoniane, Bologna), 1985, p. 93.

43. WOLF, *Storia dell'Indice. Il Vaticano e i libri proibiti*, trad. it., Roma, 2006, p. 215 ss.

desván ese instituto vetusto interviniera el mismo Pontífice autor de una memorable alocución en el palacio de la ONU, el 4 de octubre de 1965, cuando todavía el Concilio Vaticano II se encontraba celebrando sus sesiones.

“Nos somos –llegó a decir Pablo VI en New York– como el mensajero que tras un largo camino llega a entregar la carta que le fue confiada; así Nos nos percatamos de lo afortunado de este, aunque sea breve, momento, en el que se cumple un voto que Nos llevamos en el corazón desde hace casi veinte siglos... Nos celebramos aquí el epílogo de un fatigoso peregrinar en busca de un diálogo con el mundo entero<sup>44</sup>.

Y una segunda, e histórica, etapa de aquel peregrinar se ve ciertamente representada, en cuanto a lo que aquí se persigue delinear, por la progresiva apertura de los archivos del Santo Oficio, operada entre 1996 y 2000, con la consiguiente puesta a disposición de los estudiosos –los cuales han comenzado ya a sacarle provecho– del muy ingente material histórico acumulado allí en el curso de los siglos<sup>45</sup>. Esto es algo que se quiere recordar aquí porque bien puede ser que un día u otro, sea posible acceder y, encontrar algunos datos indispensables para dar a conocer, junto al texto de la condena Beccaria, al menos algunos elementos esenciales de su motivación.

---

44. Sobre el alcance de aquel discurso permítaseme la remisión a un precedente escrito: v. PISANI, *Paolo VI all'ONU e i diritti dell'uomo*, en *Iustitia*, 1983, p. 239.

45. FRAJESE, *Nascita dell'Indice – La censura ecclesiastica dal Rinascimento alla Controriforma*, Brescia, 2006, p. 5 ss. Para una más amplia ilustración del histórico acontecimiento, v. AA.VV., *L'apertura degli archivi del Sant'Uffizio romano*, Roma, cit. (con intervenciones, entre otros, de los cardenales Bertone y Ratzinger).



# EL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA EN LA LEY DE AYUDA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO DE LA REGIÓN DE MURCIA

José Gabriel RUIZ GONZÁLEZ

*Profesor Colaborador Honorario. Doctor en Derecho  
Universidad de Murcia*

**Resumen:** En los últimos años, desde Derecho autonómico español se ha iniciado una tendencia consistente en elaborar normas para redundar y complementar las ayudas a las víctimas del terrorismo establecidas por el Estado. Siguiendo este camino, que comenzaron las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra en 1998 y que continuaron otras, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia aprobó la Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Región de Murcia. El presente artículo pretende analizar el alcance y contenido de la reparación integral de la víctima como objeto de dicha norma, en el marco de la regulación constitucional, nacional e internacional de la que trae su causa.

**Laburpena:** Azken urteetan, Espainiako zuzenbide autonomikoaren arlotik, estatuak ezarritako terrorismoaren biktimei laguntzak emateari eta horiek osatzeari buruzko arauak egiteko joera sendo bat abiarazi da. Euskal Autonomia Erkidegoak eta Nafarroak 1998an hasi zuten bide hori, eta beste batzuek ere jarraitu zioten; esaterako, Murtziako Autonomia Erkidegoak 2009ko azaroaren 2ko 7/2009 Legea onartu zuen, Murtziako Terrorismoaren Biktimei Laguntzeari buruzkoa. Artikulu honen helburua arau horren xede gisa biktimaren osatze integralaren norainkhoa eta edukia aztertzea da, kausa horri dagokion konstituzioko, nazioko eta nazioarteko erregulazioaren esparruan.

**Résumé :** Dans les dernières années, le législateur espagnol, dans les Communautés autonomes, a commencé à développer des normes dirigées à compléter l'aide aux victimes du terrorisme mis en place par l'État. De cette façon, cette tendance initiée au Pays Basque et à Navarre en 1998 a été suivie par la Communauté autonome de la Région de Murcia, où la Loi 7/2009, de 2 novembre, d'aide aux victimes du terrorisme a été adoptée. C'est ainsi que cet article vise à analyser la portée et le contenu de la réparation intégrale des victimes, objet de cette Loi, dans le cadre de la réglementation constitutionnel, nationale et internationale, à l'origine de cette normative.

**Summary:** In recent years, the Spanish Autonomous Communities-law and legislation have developed several regulations to complement the aids provided by the State to victims of terrorism. Following the path opened up in 1998 by the Autonomous Communities of the Basque Country and Navarre, and continued subsequently by others, the Region of Murcia passed the Victims of Terrorism Compensation Act of the Region of Murcia (Act 7/2009, November 2). The aim of this paper is to analyse the scope and content of the full compensation for the victim as an object of the aforesaid act, within the frame of the constitutional, national and international legislation.

**Palabras clave:** víctimas, terrorismo, reparación integral, derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, delitos de terrorismo, Derecho Autonómico, regulación básica, Derechos Humanos, Región de Murcia.

**Gako-hitzak:** Biktimak, terrorismoa, osatze integrala, bizitzeko eskubidea, osotasun fisikoa eta morala izateko eskubidea, terrorismo-delituak, Zuzenbide Autonomikoa, oinarriko erregulazioa, Giza Eskubideak, Murtzia.

**Mots cles :** victimes, terrorisme, réparation intégrale, droit a la vie, droit a l'intégrité physique et morale, délits de terrorisme, Droit des Communautés Autonomes, Droits de l'Homme, Région de Murcia.

**Key words:** victims, terrorism, full compensation, right to life, right to physical and moral integrity, terrorism crimes, Spanish Autonomous Communities-law and legislation, basic legislation, Human Rights, Region of Murcia.

## SUMARIO

1. Planteamiento General. 2. La importancia del Derecho internacional y Comunitario en el reconocimiento del derecho a la reparación de las víctimas. 3. La regulación básica de la reparación a las víctimas del terrorismo en el Derecho estatal. 4. Alcance de la reparación integral a las víctimas en la LAVTRM. 4.1 *Concepto de acto terrorista*. 4.2 *El derecho a la reparación integral de los daños en la LAVTRM*. 5. Conclusión. 6. Bibliografía

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La violencia terrorista que durante los últimos cincuenta años ha sufrido España, constituye una de las mayores lacras de nuestra sociedad, tanto por el inmenso dolor que origina a las víctimas y a sus familiares, como por la conmoción que provoca al conjunto de los ciudadanos, al suponer un ataque frontal a los principios y valores que vertebran el sistema de convivencia en paz y en libertad configurado por la Constitución Española de 1978.

En señal de reconocimiento y solidaridad debida, ya desde el inicio de nuestra democracia se articuló un sistema de ayudas públicas a las víctimas del terrorismo, referenciado al sistema de prestaciones de la Seguridad Social, con múltiples correcciones al alza<sup>1</sup>. En la actualidad, junto a las ayudas públicas que, en forma de indemnización, tienen derecho a recibir las víctimas del terrorismo, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (LSVT, en lo sucesivo), y otras normas estatales dictadas en este ámbito, recogen y regulan un conjunto de acciones y medidas dirigidas a procurar, no solo el puro resarcimiento económico, sino también el reconocimiento moral que se debe a las víctimas de actos terroristas, tratando de retrotraer la situación al momento anterior a la acción terrorista.

Paralelamente al progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas del terrorismo por la legislación estatal, en el ámbito del Derecho autonómico se ha iniciado una tendencia a elaborar normas para redundar y complementar las ayudas a las víctimas del terrorismo establecidas por el Estado y para rendir testimonio de honor y reconocimiento a los que han sufrido actos terroristas. Estas normas, que tienen por finalidad última coadyuvar en la consecución de la reparación integral de las víctimas, han venido a incluir, de forma complementaria y subsidiaria a las previstas por el

---

1. Vid. LLOVERAS, M.R., "Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial", *Working Paper*, num. 92. Indret, Barcelona, 2002. Disponible en Internet en <http://www.indret.com>.



Estado, ayudas económicas y asistenciales, así como medidas de reconocimiento y respeto a su memoria.

Siguiendo este camino que en Derecho autonómico inicio el País Vasco y Navarra en 1998 mediante de sendos Decretos, y que continuaron, mediante leyes, las Comunidades Autónomas de Aragón, Extremadura, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia aprobó la Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LAVTRM, en adelante). El objeto de dicha Ley viene recogido en su artículo 1, que dice lo siguiente:

“1. La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, mediante esta Ley, rinde testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido directa o indirectamente los actos terroristas y, en consideración a ello, establece un conjunto de ayudas en materia de función pública, de tipo asistencial y económico.

2. Asimismo, establece la posibilidad de conceder subvenciones a entidades sin ánimo de lucro que representen y defiendan a las víctimas del terrorismo, y prevé el otorgamiento distinciones honoríficas a cuantos se hayan distinguido por su lucha y sacrificio contra el terrorismo”.

El régimen jurídico de las ayudas a las víctimas del terrorismo en el Derecho autonómico de la Región de Murcia, al igual que en el establecido en otras Comunidades Autónomas, ha venido precedido de una previa normativa estatal, que a su vez trae su causa en el movimiento internacional a favor de las víctimas de los delitos en general y de las víctimas de los actos terroristas en especial. Por ello, la adecuada comprensión del objeto de la LAVTRM, requiere, cuando menos, un sucinto análisis de los estándares internacionales de protección a las víctimas del terrorismo, así como de la normativa estatal, a la que ésta viene a complementar, en aras a alcanzar la reparación integral de las víctimas del terrorismo que, como comprobaremos, constituye finalidad última de la Ley.

## **2. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS**

Desde el punto de vista de la política legislativa, la regulación de los derechos de las víctimas del terrorismo en el Derecho español viene avalada por un movimiento generalizado de sensibilización hacia las necesidades de las mismas, así como de la necesidad de evitar la llamada “segunda victimización”<sup>2</sup>, que encontró su reflejo en

---

2. Sobre esta cuestión vid., entre otros, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; SCHNEIDER, “La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Sistemas de asistencia, protección y reparación a las víctimas”, en *Manual de Victimología*, coordinado por E. Baca Baldomero et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; RUBIO, P.A., et al., “Derechos victimales de las víctimas del terrorismo”, en *II Congreso de la Sociedad Española de Victimología. Conocer, reconocer y reparar a las víctimas*, ...

diversos textos internacionales aprobados por la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, con distinto valor jurídico<sup>3</sup>.

Las Naciones Unidas han producido un cuerpo normativo muy importante sobre el terrorismo –especialmente tras la masacre terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Norteamérica<sup>4</sup>–, sin embargo, son escasas resoluciones relativas a las víctimas que vayan más allá de la incriminación de tales actos, en la línea de lo que ha venido tradicionalmente ocurriendo en el Derecho penal moderno, centrado en la figura del victimario<sup>5</sup>. No obstante, es justo reconocer, como ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal, que, desde los atentados de 2001, se ha producido un significativo cambio en el Derecho internacional público, al contemplarse el terrorismo como crimen internacional y a sus víctimas como titulares de derechos. En este sentido, resultan relevantes los Principios y directrices básicos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados el 16 de diciembre de 2005 por la Asamblea General de la ONU<sup>6</sup>.

Partiendo de la idea de que todo acto terrorista supone una vulneración de los Derechos Humanos, las Naciones Unidas, en la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, ya se adoptó cierta perspectiva victimal. En concreto, la Resolución 50/186, de 1995, sobre Derechos Humanos y terrorismo, de la Asamblea General, expresa el principio de solidaridad con las víctimas del terrorismo. Asimismo, se mencionaba la posibilidad de establecer un fondo voluntario de las Naciones Unidas para las víctimas del terrorismo, así como la necesidad de promover el trabajo conjunto sobre la rehabilitación y reintegración de las víctimas, en aras a conseguir una reparación integral de las mismas.

---

...  
 Donostia-San Sebastián, 25-26-27 de junio de 2007, *Libro de resúmenes*, Donostia, 2007; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004.

3. Como pone de manifiesto el *Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi*, la regulación internacional en la materia ofrece unos principios o estándares mínimos que, en general, pueden considerarse como *soft law* o no vinculantes jurídicamente. A pesar de ello, su importancia radica en tres aspectos: 1. Se fundamentan en convenciones internacionales, ratificadas por los estados, sobre derechos humanos básicos. 2. Producen obligaciones morales y políticas. 3. Sirven de base para elaborar la legislación estatal y futuras convenciones internacionales. Vid. *Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi*, Ararteko, Vitoria, 2009, p. 45.

4. Vid. PULGAR GUTIÉRREZ, M.B., *Víctimas del Terrorismo 1968-2004*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 25 y ss.

5. Vid. GOZZI, M.H.; y LABORDE, J.P.; “Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 76, 2005, p. 275.

6. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.; y JIMÉNEZ GARCÍA, F, *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 100 y ss.

Por su parte, el Consejo de Europa ha elaborado una serie de convenios que, una vez ratificados, son jurídicamente vinculantes. Además del Convenio núm. 116, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 1983<sup>7</sup>, debe considerarse el Convenio núm. 196, sobre la prevención del terrorismo, de 2005, ratificado por España el 27 de febrero de 2009. En este Convenio se recogen los principios de solidaridad con las víctimas del terrorismo y sus familiares, así como el principio de protección, compensación y apoyo a las víctimas, incluyendo la asistencia económica para los familiares (artículo 13).

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, de manera similar al sistema de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las víctimas del terrorismo cuentan con la protección general garantizada en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Más específicamente, desde la publicación por la Comisión Europea de una Comunicación sobre las víctimas del delito en 1999<sup>8</sup>, con el fin de garantizar la igualdad de trato de todos los ciudadanos, la Unión Europea ha elaborado importantes documentos en relación con las víctimas. Entre ellos cabe destacar tres: una Resolución del Parlamento Europeo y dos Decisiones Marco del Consejo<sup>9</sup>.

## **1. Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2000**

Esta Resolución del Parlamento Europeo proclama que los derechos de las víctimas del terrorismo han de ser objeto de un reconocimiento legislativo –tanto en los Estados miembros como desde la Unión Europea– “más eficaz y más justo”, evitando que pueda producirse la doble victimización. Entre otras cuestiones ya señaladas en la normativa internacional, se incidió en que se reconocieran también como víctimas a sus familiares y dependientes, pidiendo a la Comisión que tuviese en cuenta lo anterior, tanto al formular la definición de víctimas como al adoptar medidas dirigidas a facilitar la ayuda material o psicológica a la que hace referencia en su Comunicación sobre las víctimas del delito de 1999.

## **2. Decisión Marco del Consejo sobre la Posición de las Víctimas en el Procedimiento Penal, de 15 de marzo de 2001<sup>10</sup>**

A través de esta norma se pretende la armonización de las leyes estatales para proporcionar estándares mínimos de ayuda a las víctimas y a sus familias. En este sen-

---

7. Este Convenio tiene como antecedente la Resolución (77) 27, sobre indemnización a las víctimas del delito, aprobada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977.

8. Comisión de las Comunidades Europeas, *Las víctimas del delito de la Unión Europea: reflexiones sobre estándares y acción*, Comisión Europea, Bruselas, 1999.

9. Las decisiones marco no son de aplicación directa, pero sí vinculan jurídicamente y debe interpretarse conforme a ellas la legislación nacional, sin vulnerar los principios de seguridad jurídica e irretroactividad. Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, en *Estudios de Victimología. Actas del Primer Congreso Español de Victimología*, coordinado por J.M. Tamarit Sumalla, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

10. D.O. L 82 de 22.3.2001.

tido, se hace especial hincapié en aspectos tales como la formación de profesionales, el acceso a la justicia, el derecho a la protección, la información, la reparación y la asistencia para víctimas que residen en otros países o la atención específica a las víctimas más vulnerables.

### **3. Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo<sup>11</sup>**

Esta Decisión Marco considera al terrorismo como una de las violaciones más graves de los pilares fundamentales de la Unión Europea, un ataque frontal a los principios de la Democracia y al Estado de Derecho. Por ello, dice esta Decisión Marco, que el terrorismo no puede considerarse como delito político. Asimismo, se establece que las víctimas de delitos de terrorismo son especialmente vulnerables, por lo que debería imponerse la adopción de medidas específicas en lo que les concierne, propugnando que se garantice una adecuada asistencia a la familia de tales víctimas<sup>12</sup>.

Como conclusión a lo expuesto, hemos de advertir que la normativa internacional en materia de terrorismo tiende a la especificación de los Derechos Humanos de las víctimas recogidos en los principales convenios ratificados, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el Consejo de Europa, principios que son también recogidos por la Unión Europea. En este sentido, se evidencia el progresivo abandono del término “compasión” por el de “solidaridad”, entendido éste como el deber público de minimizar su victimización, reparar el daño causado y contribuir a la cohesión social<sup>13</sup>.

### **3. LA REGULACIÓN BÁSICA DE LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO EN EL DERECHO ESTATAL**

Desde la óptica constitucional, si el artículo 10 de nuestra Carta Magna se erige en el portal de los derechos y deberes fundamentales, declarando que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social, el artículo 15 proclama uno de los derechos más esenciales, el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso

---

11. D.O. L 164 de 22.6.2002.

12. De cara al futuro, el Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo de diciembre 2009, fija las prioridades para el periodo 2010- 2014 en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En relación con las víctimas, entre otras cuestiones, insta a la Comisión y a los Estados miembros a examinar los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, y de mejorar la aplicación de los instrumentos existentes, así como a estudiar la posibilidad de crear un único instrumento jurídico global sobre la protección de las víctimas, fundiendo la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos y la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, sobre la base de una evaluación de estos dos instrumentos. De acuerdo con ello, la Comisión Europea ha abierto hasta desde el 15.7.2010 al 30.09.2010 una consulta pública para recibir información de los ciudadanos y los distintos agentes públicos y privados de los Estados miembros, con vistas a la preparación de un futura directiva sobre estándares mínimos de protección para las víctimas de los delitos, en la primera mitad de 2011, que sustituya a la Decisión Marco de 2001.

13. Vid. *Informe extraordinario de la institución del Ararteko...*, cit. pp. 85-86.

puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, y el artículo 17 consagra el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. Estos derechos vinculan a todos los poderes públicos, los cuales tienen la obligación de adoptar cuantas medidas de acción positiva sean necesarias para hacerlos reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Fruto de ello es el establecimiento de un régimen estatal de reparación de las víctimas del terrorismo, lo que se inicia con el Real Decreto Ley 3/1979, de protección de la seguridad ciudadana, complementado por el Real Decreto 484/1982 que lo desarrollaba. Posteriormente fueron aprobadas la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, así como sus reglamentos de desarrollo (Reales Decretos de 24 de enero de 1986 y de 28 de octubre de 1988). Conforme a esta normativa, las cuantías de las indemnizaciones se cifraban según el grado de invalidez y de factores personales, familiares o profesionales<sup>14</sup>.

Estas características serían modificadas en la legislación posterior mediante el Real Decreto de 19 de junio de 1992, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y el Real Decreto 1.211/1997, de 18 de julio, de ayuda y resarcimiento a víctimas de delitos de terrorismo. El Real Decreto de 1992 amplió la cobertura a los elementos esenciales de la vivienda habitual, así como a los daños psíquicos, incluyendo su tratamiento. Desde 1996 se incluyeron, además, los elementos no esenciales de la vivienda habitual, algunos elementos de las viviendas no habituales, de establecimientos mercantiles o industriales, los daños en locales de partidos políticos, sindicatos, organizaciones sociales y en vehículos. En todo caso, la indemnización de daños materiales siempre es subsidiaria respecto de otras posibles. En cuanto a la indemnización por muerte y lesiones, variarán según las consecuencias del daño producido, así como de las circunstancias familiares, económicas y profesionales. Igualmente, se cubre el tratamiento psicológico, con una serie de límites, así como la indemnización por muerte o lesiones que resulta plenamente compatible con cualquier otra a que se tenga derecho<sup>15</sup>.

Sin embargo, el paso más significativo en el reconocimiento de las víctimas del terrorismo fue la aprobación de LSVT. Conforme se establece en su artículo 1, referido a su objeto, a través de la misma el Estado rinde testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de tales actos. Conforme se fija en esta Ley y en su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, la Administración del Estado, de forma excepcional o extraordinaria, se hace cargo, de forma subrogada, de la responsabilidad civil de los delitos terroristas cometidos desde 1968, generalizándose las ayudas económicas anticipadas. Previamente, el titular de la acción civil debe transferir al Estado el derecho o la expectativa, si no ha recaído sentencia, a ser resarcido. Este extremo marca una

---

14. De acuerdo con Rodríguez Puerta, las dos características propias de dicha legislación estribaban en la no subsidiariedad o compatibilidad con otras ayudas y su restricción a los daños corporales. Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., "Sistemas de asistencia, protección...", cit., p. 430.

15. Un estudio en profundidad de la normativa en este ámbito nos lo ofrece el *Informe extraordinario de la institución del Ararteko...*, cit. pp. 97 y ss.

diferencia respecto de la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, al establecer un régimen específico para víctimas de actos terroristas frente al régimen más general fijado por dicha norma<sup>16</sup>.

Con el objetivo de lograr la reparación integral de las víctimas del terrorismo, mediante la Ley 2/2003, de 12 de marzo, se reformó el artículo 4 de la LSVT, para prever la concesión de distinciones honoríficas. Así, se creó la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo, con el objeto de honrar a aquellas personas asesinadas, heridas o secuestradas, previa solicitud de los interesados o herederos. Se trata de honores personales y no transferibles, aunque en caso de asesinatos serán recogidos por las víctimas indirectas más cercanas.

Respecto de las ayudas ordinarias por los daños materiales, en un itinerario de progresiva ampliación de su cobertura, el Real Decreto 1211/1997 fue modificado en 1998, 2001 y 2002. Finalmente, se aprobó el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, que estableció un nuevo reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas del terrorismo, fijándolas y actualizándolas para actos acaecidos tras el 1 de enero de 2002, según el salario mínimo interprofesional y los factores personales, laborales y sociales.

Como se desprende de lo hasta ahora expuesto, la legislación estatal en esta materia se caracteriza por su dispersión y, en algunos casos, falta de claridad, lo que ha llevado a la jurisdicción contencioso-administrativa a realizar precisiones jurídicas sobre el concepto legal de víctima del terrorismo. Por ello, a instancias de los diversos colectivos de víctimas del terrorismo y siguiendo sus reivindicaciones, manifestadas en la conocida como “Declaración de Balmaseda sobre dignificación y los derechos de las víctimas del terrorismo”, de 24 de febrero de 2007<sup>17</sup>, por unanimidad de los Grupos Parlamentarios, el 25 de junio de 2010, fue presentada ante la Mesa del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley de reconocimiento y atención integral a las víctimas del terrorismo<sup>18</sup>.

A través de esta ley, articulada bajo el principio de constituir un cuerpo legal unitario, se pretende alcanzar la reparación integral de la víctima, regulando de manera unificada las prestaciones y ayudas económicas directas y todas aquellas que permitan que la incorporación a la vida familiar, social o laboral se realice en las mejores y óptimas condiciones posibles. Todo ello sin perjuicio de que, en determinados aspectos y una vez formulado el reconocimiento de los derechos, se deba acudir para su adecuada ejecución a su complementación en otros instrumentos normativos, especialmente

---

16. Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Sistemas de asistencia, protección...”, cit., p. 431.

17. La “Declaración de Balmaseda sobre dignificación y los derechos de las víctimas del terrorismo”, fue elaborada por el Colectivo ARCO de Víctimas del Terrorismo en Euskadi, la Asociación Andaluza de Víctimas del Terrorismo, la Asociación de Víctimas del Terrorismo de Galicia, la Asociación Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado Víctimas del Terrorismo, la Asociación “Voces en Silencio” y la Fundación de Victimología, dentro de las primeras jornadas de trabajo “Construyendo una nueva solidaridad: Los derechos de las víctimas de terrorismo”. Esta declaración reivindica el uso del término “derechos de las víctimas” frente a los de “protección” o “solidaridad”, se efectúan propuestas de mejora en materia de asistencia y solidaridad con las víctimas y se proponen una serie de medidas para colmar las lagunas legales existentes.

18. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 265-1, de 23 de julio de 2010. Vid. <http://www.congreso.es>.

en aquellos supuestos en que es necesario contar con las diferentes Administraciones Públicas que ejercen competencias sobre materias específicas, tales como sanidad, vivienda o empleo.

En coherencia con la idea inspiradora de alcanzar la reparación integral de las víctimas del terrorismo y de sus familias, el artículo 1 de esta norma establece que la Proposición de Ley “tiene por objeto el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista”.

#### **4. ALCANCE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS EN LA LAVTRM**

Junto a la normativa estatal, diversas Comunidades Autónomas han previsto, a través de su propia normativa, diferentes ayudas a las víctimas del terrorismo que han sufrido un atentado dentro del propio territorio autonómico, sin perjuicio de que algunas de ellas hayan ido más allá, reconociendo ayudas excepcionales a sus ciudadanos que hayan sido víctimas del terrorismo en otro punto del Estado o incluso fuera de él<sup>19</sup>. Con carácter general podemos afirmar que esta normativa autonómica ha ido incluyendo, de forma subsidiaria y complementaria, diferentes ayudas y actuaciones de reconocimiento de la dignidad de las víctimas.

Con la finalidad de reconocer públicamente a las víctimas de los actos terroristas, de velar por su protección y bienestar, y de asistirles en aquellas necesidades que hayan podido verse agravadas por los mismos, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia promulgó la Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, desarrollando las competencias recogidas en el artículo 9.2.b del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia<sup>20</sup>. Dicho precepto viene a establecer que la Comunidad Autónoma, en el ámbito

---

19. Con anterioridad a la promulgación de la LAVTRM, otras Comunidades Autónomas ya habían regulado esta materia. Así sucedió con la Comunidad de Madrid (Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo); Comunidad Valenciana (Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo); Extremadura (Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de Medidas para la Asistencia y Atención a las Víctimas del Terrorismo y de Creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz); Aragón (Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las Víctimas del Terrorismo) y País Vasco (Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación de las Víctimas del Terrorismo). Con posterioridad a la Ley murciana, la Comunidad Foral de Navarra reguló por ley el régimen de ayudas a las víctimas del terrorismo en su territorio (Ley Foral 9/2010, de 28 de abril, de ayuda a las Víctimas del Terrorismo).

20. La mención del principio de igualdad contenida en el artículo 9.2 de la Constitución Española y en el artículo 9.2 b) del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, puede también relacionarse con el principio de no discriminación. La legislación protectora de las víctimas del terrorismo supone un régimen especial, diferenciado de los derechos de las víctimas en general y aun de los derechos de las víctimas de delitos violentos. Es bien conocida la interpretación que debe hacerse del principio de igualdad del artículo 14 CE, en el sentido de que no existe desigualdad ante casos no comparables, lo que permite la discriminación positiva orientada, en este caso, a lograr que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. En este sentido podemos destacar las Sentencias del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo; 10/1981, de 6 de abril; 22/1981, de 2 de julio; 23/1981, de 10 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre; 34/1984, de 9 de marzo o 166/1986, de 19 de diciembre, por citar algunas.



de su competencia y a través de sus órganos, velará por promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud<sup>21</sup>.

Conforme a lo señalado en dicho precepto, el legislador viene a completar, con carácter complementario y subsidiario, las actuaciones del Estado español en determinados supuestos y, en otros, a realizar actuaciones específicas en cuanto devienen de las competencias y funciones que le son propias respecto de las víctimas del terrorismo en materia de asistencia y bienestar social, sanidad, educación, vivienda, laboral, interior, industria y función pública. De este modo, se complementan las actuaciones estatales en la materia, a la par que se desarrollan medidas de ayuda específicas para contribuir al amparo y protección de las víctimas de la violencia terrorista. En concreto, se adoptan medidas asistenciales y económicas destinadas a atender las especiales necesidades de personas, tanto físicas como jurídicas, así como la concesión de subvenciones a las asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones sin ánimo de lucro, cuyo objeto principal sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas y afectados, y el otorgamiento de distinciones honoríficas a quienes se hayan destacado por su lucha contra el terrorismo.

El motivo que inspira la LAVTRM es la solidaridad de la sociedad murciana con las víctimas del terrorismo en aras a evitar la doble victimización, dotando de un marco específico a los que hayan sido o puedan ser víctimas del terrorismo y contribuyendo, de ese modo, a la reparación integral de los daños que hayan podido sufrir.

En concreto, del artículo 1 de la LAVTRM, que define su objeto, podemos extraer las tres perspectivas que, como testimonio de honor y reconocimiento y con carácter subsidiario y complementario a las medidas previstas por el Estado, integran el derecho a la reparación de las víctimas de un atentado terrorista en la Región de Murcia:

1. Ayudas económicas y asistenciales.
2. Subvenciones a entidades representativas de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo.
3. Distinciones honoríficas.

Ahora bien, para poder ser beneficiario de las medidas contempladas en la LAVTRM son precisas dos condiciones previas. La primera, como resulta obvio, es la de estar incluido en el ámbito de aplicación de la norma. La segunda condición, tal como fija el propio artículo 1 de la Ley, es haber sufrido, directa o indirectamente, un acto terrorista.

---

21. En el ámbito del Derecho autonómico, otros textos legales prefirieron en su momento situar su base jurídica en títulos sectoriales, tales como asistencia social, vivienda, sanidad, enseñanza e, incluso, fomento del desarrollo económico. Así, la Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad de Madrid en su preámbulo, párrafo 8º, la Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las víctimas del terrorismo, de Aragón, preámbulo párrafo 10º, así como la Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la Asistencia y Atención a las Víctimas del Terrorismo y de Creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz, en su Exposición de motivos, párrafo 10. En similar sentido, el dictamen de la Comisión Jurídica de Euskadi cita diversos títulos competenciales. Vid. Dictamen 20/2008 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, p. 20.



El artículo 2 de la LAVTRM viene a definir su ámbito, estableciendo que será de aplicación a las víctimas y demás personas físicas y jurídicas mencionadas en el artículo 4 de la Ley que resulten perjudicadas por los actos de terrorismo cometidos en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como a las que gocen de la condición política de murciano, en los términos previstos en el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, aun cuando los hechos hubieran acaecido en cualquier otro lugar del territorio español o en el extranjero.

Sin embargo, la LAVTRM nada indica acerca de qué ha de entenderse por acto terrorista. Por ello, con anterioridad a definir el contenido del derecho a la reparación, objeto de esta Ley, se hace preciso acotar la definición de acto terrorista.

#### 4.1. Concepto de acto terrorista

La existencia de un acto terrorista es la causa determinante de la aplicación del régimen protección previsto en la LAVTRM. Sin embargo, tal como hemos apuntado, la Ley no ofrece una definición de acto terrorista, remitiendo la calificación del origen de los daños a los cuerpos o fuerzas de seguridad, tal como se desprende del artículo 26.1.a, que establece que será requisito para su aplicación que los daños sean consecuencia de un acto terrorista, “*cuando así sea considerado por las fuerzas o cuerpos de seguridad*”. Se trata de una solución pragmática y, en nuestra opinión, necesaria, dada la inconveniencia de esperar a una decisión judicial que puede tardar en producirse.

Sin embargo, este elemento formal –el reconocimiento por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado– presupone la comisión de un acto terrorista. Por ello, la definición de acto terrorista es una cuestión nuclear para precisar el objeto de la Ley,

En el ordenamiento jurídico español, el ámbito de aplicación de la LSVT comprende tanto a las personas víctimas de actos terroristas como de “*hechos perpetrados por persona o persona integradas en bandas o grupos armados o que actúen con la finalidad de alterar gravemente la paz y la seguridad ciudadana*” (artículo 2 de la LSVT). Ahora bien, este precepto debe ponerse en relación con la regulación penal del delito de terrorismo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo<sup>22</sup>.

En este sentido, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP, en adelante), al tipificar los delitos de terrorismo incluye dos diferentes supuestos. En primer lugar se refiere a la integración en banda armada (artículos 571 y ss.) y posteriormente al llamado terrorismo individual (artículo 577).

Para el primer supuesto, el CP tipifica las conductas de quienes realicen diversas acciones (estragos, incendios, atentado contra las personas, tenencia de armas y explosivos, etc.) actuando “al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (artículo 571).

---

22. Vid. FJ 15 de la STS 2/1988, de 29 de julio, relativa al “Caso Marey”, así como la STS, Sala II, de 30 de diciembre de 2004 y la STS, Sala III, de 21 de enero de 2009.

En cuando al segundo caso, el del terrorismo individual, el CP considera como acto de terrorista el cometido por quien sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren diversos tipos de delito (artículo 577 CP).

En consecuencia, a los efectos de la LVTRM tendrá la consideración de acto terrorista, tanto los cometidos por personas integradas en grupos terroristas como los de terrorismo individual, es decir, aquellos actos de violencia política no organizada que tengan por finalidad, no solo subvertir el orden constitucional, sino también “alterar gravemente la paz pública”<sup>23</sup>.

#### **4.2. El derecho a la reparación integral de los daños en la LAVTRM**

Señala el Preámbulo de la LAVTRM, que el motivo que inspira esta norma es la asunción por la sociedad murciana de la reparación de los daños de las víctimas del terrorismo, así como la evitación de la doble victimización.

El concepto de reparación integral se constituye, por tanto, en el objeto de la LAVTRM. La reparación integral, además de tener una dimensión económica, material y asistencial, debe contemplar una dimensión moral. Esta doble perspectiva se desarrolla en su artículo 5 de la Ley, que viene a establecer textualmente:

“Las ayudas y medidas que prestará la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia consistirán, según los casos, en indemnizaciones por daños físicos o psíquicos, reparaciones de daños materiales, prestaciones asistenciales, subvenciones, ayudas extraordinarias, la creación del Fondo de solidaridad, subvenciones crediticias, beneficios fiscales, de acceso a la Función Pública y por último, también se podrán otorgar distinciones honoríficas”.

Como antes significamos, tres son los tipos de medidas que se contemplan la LAVTRM para satisfacer el derecho a la reparación integral de las víctimas del terrorismo. Pasemos a su análisis.

##### **1. Ayudas económicas y asistenciales**

La LAVTRM dedica sus capítulos II, III y V, y las Disposiciones adicionales segunda y tercera, a recoger una serie de medidas destinadas a indemnizar por los daños físicos o psíquicos causados, a reparar los daños materiales y a atender a los distintos ámbitos que afectan a la vida cotidiana de la víctima, para crear condiciones de bienestar que palien el daño ocasionado por el acto terrorista.

---

23. En este mismo sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, que viene a realizar una síntesis de la doctrina jurisprudencial en esta materia y que es reproducida en TORRENTE MARTÍNEZ, A.V., “Aportaciones de *lege data* y *lege ferenda* a una Ley de protección a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región De Murcia, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 42, 2009, pp. 62-63.

Así, en el Capítulo II de la LAVTRM, se regulan las indemnizaciones por daños físicos o psíquicos, así como las reparaciones por daños materiales. Respecto de las primeras, se otorgarán con ocasión del fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, incapacidad temporal y lesiones de carácter definitivo no invalidantes, tal como se señala en su artículo 6. Asimismo, la Ley murciana, en sus artículos 7 al 12, regula el régimen de ayudas destinadas a reparaciones por daños materiales, considerando como tales los ocasionados en viviendas, en las sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, establecimientos mercantiles o industriales, o en elementos productivos de las empresas y en los vehículos<sup>24</sup>.

Por su parte, los Capítulos III y V de la LAVTRM se refieren a los distintos tipos de ayudas previstos para atender a las necesidades personales o familiares de las víctimas, complementando las previstas por la legislación estatal, en aras de conseguir la reparación integral de los daños ocasionados por el atentado terrorista.

En el Capítulo III de la LAVTRM (artículos 13 a 19) se describen las prestaciones asistenciales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia en el ejercicio de las materias que le son propias en los ámbitos sanitario, psicológico, psicopedagógico, educativo, laboral y de vivienda.

Por su parte, el Capítulo V contempla otras medidas de ayuda. En concreto, se prevé la concesión, con carácter excepcional, de ayudas para paliar situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas, evaluables y verificables, cuando se observe, por los órganos competentes en función de la materia, la inexistencia o insuficiencia del montante de las ayudas ordinarias para cubrir adecuadamente estos supuestos (artículo 22). Igualmente, el artículo 14, recoge la posibilidad de establecer mediante ley beneficios fiscales a los beneficiarios previstos en la LAVTRM, así como la creación de un Fondo de solidaridad destinado a sufragar los gastos derivados, de las necesidades inmediatas de las víctimas y afectados por actos terroristas, hasta la percepción de las correspondientes indemnizaciones (artículo 24).

Como medidas de fomento respecto de las víctimas del terrorismo hemos de considerar también las contempladas en las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la LAVTRM, que introducen sendos beneficios a favor de las mismas en relación con el acceso a las viviendas de promoción pública y a la función pública regional.

Por último, el artículo 21 de la LAVTRM, prevé que el Consejo de Gobierno pueda suscribir con entidades financieras que operen en el territorio de la Región de Murcia acuerdos, a favor de los damnificados por un atentado terrorista, para que se les concedan créditos sin interés o al más bajo interés posible, cuyo fin sea la puesta en marcha de la actividad mercantil o industrial que se haya visto afectada y el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes.

---

24. Como requisito para obtener las ayudas contempladas en la LAVTRM se requiere, conforme a su artículo 12, la previa solicitud a la Administración General del Estado de las indemnizaciones y compensaciones que para estos supuestos tiene prevista en su normativa vigente. La Comunidad Autónoma incrementará las cantidades concedidas por la Administración estatal en un treinta por ciento, fijándose en 60.000 euros el importe máximo a percibir de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por cada beneficiario, en relación con los daños sufridos como consecuencia de un acto terrorista.

## 2. Subvenciones a entidades representativas de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo

La normativa internacional de derechos humanos de las víctimas reconoce como principio fundamental la participación de las propias víctimas, siendo las asociaciones que las defienden y representan el principal instrumento para canalizar tal derecho<sup>25</sup>.

El principio de participación cobra especial relevancia en relación con el derecho de las víctimas a la reparación, siendo recogido expresamente en el objeto de la LAVTRM. En desarrollo del mismo, el artículo 20 de dicha norma contempla que puedan concederse subvenciones, conforme a la normativa en materia de subvenciones aplicable, a las asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones sin ánimo de lucro, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I, cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo, y desarrollen programas asistenciales dirigidos a paliar las situaciones personales o colectivas de dichas víctimas.

## 3. Distinciones honoríficas

El concepto de reparación integral de las víctimas del terrorismo que recoge la LAVTRM incluye también una reparación moral o simbólica<sup>26</sup>. Así, la Ley dedica su Capítulo VI a regular la concesión de honores condecoraciones y distinciones, conforme a lo previsto en la legislación autonómica sobre la materia<sup>27</sup>, no solo a las víctimas del terrorismo, sino también a personas y entidades que se hayan distinguido por su lucha y sacrificio contra el mismo.

Esta medida, que se encuadra dentro del derecho de las víctimas a su rehabilitación, como proclama la Resolución 2002/44, de la Comisión de los Derechos del hombre, de las Naciones Unidas, sobre Derechos a la restitución, la indemnización y la rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, viene a responder, en palabras de Antonio Beristain, al justo deseo de las víctimas a que se les considere “orfebres del bien común, de la reconstrucción social, de la ética cívica, de la cultura de la tolerancia y la justicia que engendra la paz”<sup>28</sup>.

---

25. Según puede constatarse de una revisión histórica, como pone de relieve el Manual de las Naciones Unidas de 1999 sobre la aplicación de la Declaración de 1985, estas organizaciones “desempeñan un rol clave en el inicio, desarrollo y aplicación de políticas y servicios para las víctimas”. Las investigaciones científicas en la materia, plasmadas en lo que las Naciones Unidas y el Consejo de Europa consideran como “prácticas prometedoras”, ponen de relieve la mayor eficacia de los programas de reparación en cuanto cuentan con dichas organizaciones.

26. En este sentido, podemos afirmar que la LAVTRM, en sintonía con los postulados de la Victimología proactiva, centra su atención en el proceso de desvictimación, no limitándose a fijar una indemnización económica, sino que también establece medidas de asistencia, de reconocimiento social y de prevención de la revictimización. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención” en *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 173.

27. Ley 7/1985, de 8 de noviembre, de Honores, Condecoraciones y Distinciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y Decreto 25/1990, de 3 de mayo, dictado en desarrollo de la misma.

28. Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 303.

## 5. CONCLUSIÓN

La LAVTRM representa la asunción del deber jurídico y moral de la sociedad murciana de reconocer públicamente a las víctimas del terrorismo y de asistirles, en aras de garantizar que su libertad e igualdad, conculcadas por el acto terrorista, sean plenas. De este modo, siguiendo la línea marcada por la legislación del Estado, la LAVTRM viene a establecer un marco jurídico específico para las personas que han sido o puedan ser víctimas del terrorismo en la Región de Murcia, así como para aquellas que, gozando de la condición política de murciano, hayan sufrido un acto de terrorismo, cualquiera que sea el lugar donde éste se haya producido.

El objeto de esta regulación no es otro que lograr la reparación integral del daño causado, tratando de evitar lo que se la doctrina criminológica define como “doble victimización”. De este modo, la Ley murciana viene a completar el régimen estatal con un elenco de medidas de reparación en los diferentes ámbitos de competencia autonómica.

Como se puso manifiesto en el Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco, sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi<sup>29</sup>, el concepto de reparación integral incluye una dimensión económica, material y asistencial y, en todo caso, la necesaria reparación moral. Se trata de contemplar a las víctimas como sujetos activos, dinámicos y plurales, nunca como meros receptores de ayudas. En este sentido, el concepto de reparación integral que desarrolla la LAVTRM comprende, no sólo el resarcimiento económico por los daños que las víctimas de un atentado terrorista y sus familias hayan podido sufrir, sino que también plasma el reconocimiento moral que se debe a las víctimas de actos terroristas<sup>30</sup>.

Esta concepción integral de la reparación que inspira la LAVTRM, se pone también de manifiesto a la hora de establecer el título competencial que fundamenta la aprobación de la misma. A diferencia de otras leyes autonómicas de protección a las víctimas del terrorismo, que han situado su base jurídica en títulos sectoriales de competencia autonómica, la Ley murciana establece en su preámbulo como fundamento competencial un título genérico: “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”, recogido en el artículo 9.2.b del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

Como pusieron de manifiesto las víctimas del terrorismo en la “Declaración de Balmaseda”, en el proceso de dignificación de las víctimas de terrorismo, el desafío continúa siendo la adopción de mecanismos legales y reglamentarios, para que se les dignifique, dejando un legado de tolerancia, paz y solidaridad a las generaciones futuras. En este sentido, la LAVTRM supone un paso más en esa dirección, superado la concepción de las ayudas como actos de compasión con las víctimas, al configurarlas

---

29. Vid. *Informe extraordinario de la Institución del Ararteko...*, cit., p. 302.

30. En este sentido, señala Beristain que “las víctimas del terrorismo deben recibir (y en la realidad trascendente reciben) una reparación y dignificación especial, puesto que su victimización alcanza cotas más altas”. Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., “Especial dignidad, reparación y enaltecimiento de los miembros de la función policial víctimas del terrorismo”, en *La víctima en la función policial*, coordinado por Pedro Ángel Rubio Lara, Editorial de Estudios Victimales, Talavera de la Reina (Toledo), 2008, p. 161.

como auténticos derechos de las personas que han sufrido la violencia terrorista para alcanzar, en la medida de lo posible, la reparación integral del daño causado por la acción criminal.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARARTEKO, *Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco sobre Atención Institucional a las Víctimas del Terrorismo en Euskadi*, Ararteko, Vitoria, 2009.
- BERISTAIN IPIÑA, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- “Especial dignidad, reparación y enaltecimiento de los miembros de la función policial víctimas del terrorismo”, en *La víctima en la función policial*, coordinado por Pedro Ángel Rubio Lara, Editorial de Estudios Victimales, Talavera de la Reina (Toledo), 2008.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.; y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.
- GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, en *Estudios de Victimología. Actas del Primer Congreso Español de Victimología*, coordinado por J.M. Tamarit Sumalla, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GOZZI, M.H.; y LABORDE, J.P., “Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 76, 2005.
- HERRERA MORENO M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid 1996.
- HOFFMAN, B.; y KASUPSKI, A.B., *The Victims of Terrorism: An Assessment of Their Influence and Growing Role in Policy*, Santa Monica, 2007.
- LLOVERAS, M.R., “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, en *Working Paper*, núm. 92, Indret, Barcelona, 2002. Disponible en Internet en <http://www.indret.com>
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Sistemas de asistencia, protección y reparación a las víctimas”, en *Manual de Victimología*, coordinado por E. Baca Baldomero et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PULGAR GUTIÉRREZ, M.B., *Víctimas del Terrorismo 1968-2004*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- RUBIO, P.A., et al., “Derechos victimales de las víctimas del terrorismo”, en *II Congreso de la Sociedad Española de Victimología. Conocer, reconocer y reparar a las víctimas, Donostia-San Sebastián, 25-26-27 de junio de 2007. Libro de resúmenes*. Donostia, 2007.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004.

- “Posición de la víctima en el Derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea” en *Panorama actual y perspectivas de la Victimología: la Victimología y el sistema penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- SCHNEIDER, “La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- TORRENTE MARTÍNEZ, A.V., “Aportaciones de lege data y lege ferenda a una Ley de protección a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 42, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención”, en *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.





EGUZKILORE

Número 25.  
San Sebastián  
Diciembre 2011  
165-204

# EL SISTEMA PENAL: SU LEGITIMIDAD AXIOLÓGICA, CONTEXTUAL Y TELEOLÓGICA

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa  
Doctor en Derecho*

**Resumen:** Se analiza la legitimidad del sistema penal en tres vertientes: la axiológica, la contextual y la teleológica. En el orden axiológico se reivindica su función de protección exclusiva de bienes jurídicos mediante la prohibición de conductas materialmente ofensivas. En el plano contextual se requiere una intervención que no sea tan tardía que excluya o debilite la necesidad de la pena. En el orden teleológico se precisa que la sanción penal garantice, con el menor nivel de aflicción posible, la vigencia de la ley, la protección de la víctima y la reincorporación comunitaria del infractor.

**Laburpena:** Zigor-sistemaren legezkotasuna hiru adarretatik aztertuko da: axiologikoa, testuingurukoa eta teleologikoa. Axiologikoan, jarrera iraingarriak debekatuta, ondasun juridikoen babes berezirako duen funtzioa aldarrikatzen da. Testuinguruari dagokionean, hain berankorra ez den esku-hartzea eskatzen da, zigor-premia baztertu edo ahulduko duena. Eta teologikoan, beharrezkoa da zigorrak, ahalik eta atsekabe txikiena eraginda, legearen indarraldia, biktimaren babesa eta arau-hauslearen gizarteratzea bermatzea.

**Résumé :** L'auteur analyse la légitimité du système de justice pénale sous trois aspects : l'axiologie, le contexte et la téléologie. Du point de vue axiologique, il est revendiqué le rôle de protection des biens juridiques en interdisant les conduites matériellement offensives. Au niveau du contexte, le système pénal requiert une intervention qui ne soit pas tardive, pour ne pas exclure ou affaiblir la nécessité de la peine. L'ordre téléologique spécifie que la sanction pénale assure l'adoption de la Loi, la protection de la victime et la réinsertion du délinquant, avec la moindre affliction possible.

**Summary:** Analyses the legitimacy of the penal system from three different points of focus: from an axiological, contextual and teleological standpoint. At the axiological level, it defends its function of exclusive protection of legal goods through the prohibition of materially offensive behaviour. At the contextual level, it calls for intervention that is not too late to exclude or reduce the need for legal punishment. At a teleological level, it stipulates that legal punishment guarantees, with a minimum of hindrance, the enforcement of the law, the protection of the victim and the rehabilitation of the offender.

**Palabras clave:** Sistema penal, Ley, inoциización, resocialización, protección de las víctimas.

**Gako-hitzak:** Zigor-sistema, Legea, kaltegabetzea, birgizarteratzea, biktimak babestea.

**Mots clef :** Système pénal, Loi, annulation, resocialisation, protection des victimes.

**Key Words:** Penal system, Law, restitution, rehabilitation, protection of victims.

## SUMARIO

Preliminar. 1. La legitimidad axiológica del sistema penal: el progresivo tránsito del modelo resocializador al modelo inocuidador. 2. La legitimidad contextual del sistema penal: 2.1. La prescripción de la infracción. 2.2. La dilación indebida del procedimiento. 3. La legitimidad teleológica del sistema penal. 3.1. La peligrosidad criminal y la libertad vigilada. 3.2. Las penas privativas de libertad: la ejecución penitenciaria, la suspensión y la sustitución. 3.2.1. La ejecución penitenciaria. 3.2.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3.2.3. La sustitución de las penas privativas de libertad. 3.2.4. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión de los migrantes irregulares.

## PRELIMINAR<sup>1</sup>

La legitimidad del sistema penal puede analizarse desde tres perspectivas complementarias: la axiológica, la contextual y la teleológica. La legitimidad axiológica viene vinculada al cumplimiento por el sistema penal de una función de estricta protección de bienes jurídicos mediante la evitación de las conductas más severamente disvaliosas por su honda dañosidad social, sin que le competa la función de promoción de fines sociales loables o la tarea de mero reforzamiento de políticas públicas de seguridad. La legitimidad contextual exige que la reacción punitiva se produzca en contextos temporales idóneos para que la intervención penal sea un remedio hábil para cumplir las funciones comunicativas y preventivas que tiene asignada en materia delictiva. Finalmente, la legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

## 1. LA LEGITIMIDAD AXIOLÓGICA DEL SISTEMA PENAL: EL PROGRESIVO TRÁNSITO DEL MODELO RESOCIALIZADOR AL MODELO INOCUIZADOR

El Derecho Penal ha evolucionado influenciado, fundamentalmente, por los conocimientos ofrecidos por determinadas ciencias respecto al delincuente y la víctima (básicamente, la Criminología y la Victimología), por las necesidades de tutela de determinados valores colectivos o comunitarios (especialmente, los intereses supraindividuales) y, finalmente, por las exigencias de determinadas ideologías de paulatino predicamento (esencialmente, las que fomentan la sustitución del modelo reintegrador por el modelo inocuidador).

### 1. ABREVIATURAS:

CE (Constitución Española);

CP (Código Penal);

CP1995 (Código Penal de 1995);

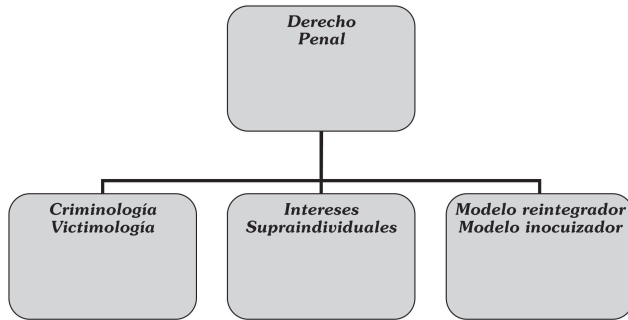
LOGP (Ley Orgánica General Penitenciaria);

LO 7/2003 (Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas);

LO 5/2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); LOEx (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social);

STC (Sentencia del Tribunal Constitucional);

STS (Sentencia del Tribunal Supremo).



La idea de peligrosidad, alimentada en determinadas ocasiones por el eco mediático de sucesos violentos, nutre las propuestas legislativas que hacen del paradigma de seguridad su razón justificativa y de la implantación de marcos de custodia su filosofía operativa<sup>2</sup>. La consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha provocado que los principios político-criminales dejen de concebirse como el fundamento de derechos reaccionales frente al Estado (que conllevan deberes de abstención), para percibirse como el sustrato de derechos a la seguridad (a los que corresponden deberes de protección por parte del Estado<sup>3</sup>). De esta forma se sustituye la seguridad en los derechos por el derecho a la seguridad.

Su progresiva implantación obedece a la siguiente secuencia: se define legalmente la peligrosidad mediante el establecimiento de grupos de riesgo y, posteriormente, se determina que la mera pertenencia a cualquiera de estos grupos de riesgo conlleva la peligrosidad del integrante. En otras palabras: se definen grupos de riesgo, se concluye que la persona que ha cometido un ilícito penal forma parte de alguno de ellos y, finalmente, se infiere, tomando como premisas la comisión de un delito y la pertenencia a un grupo de riesgo, que la referida persona cometerá en el futuro nuevos delitos, lo que justifica la afirmación de que existe un estado de peligrosidad criminal postdelictual<sup>4</sup>.

2. El discurso de los medios de comunicación alienta una corriente retribucionista que asigna a las penas un componente básicamente aflictivo al estimar que la justicia penal es excesivamente tolerante con el delito. Su indiscutible impacto social facilita la eclosión y afianzamiento del populismo punitivo, estrategia política que, con claros réditos electorales, trata de atribuir al Derecho Penal el protagonismo exclusivo en la respuesta a toda demanda de seguridad. M. GARCÍA ARÁN, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 90. Se ha dicho, incluso, que la moderna política criminal se traduce en el plano normativo en una renacida ideología de defensa social sustentada en las ideas de peligrosidad y seguridad, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos de seguridad”, *Estudios de Derecho Judicial*, 138, 2007, p. 50.

3. J.M. SILVA, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *La Ley*, 7464, 2010, p. 3.

4. Este modelo de intervención punitiva se asienta en el denominado pensamiento actuarial que se orienta a la gestión y redistribución de los riesgos derivados de la criminalidad. Para ello sostiene que es necesario identificar a los principales grupos peligrosos y concentrar específicamente en tales segmentos sociales los recursos de vigilancia y control. G.I. ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 508 y ss; I. RIVERA BEIRAS, “Forma-Estado-Mercado de Trabajo y Sistema Penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en I. RIVERA BEIRAS (coord.), *Mitologías* . . .

A la génesis de la política penal de seguridad ha contribuido, en el plano científico, la consolidación de determinadas concepciones criminológicas del delito y, en el plano social, la percepción comunitaria de la violencia a través de la lectura de acontecimientos delictivos de extremada violencia realizada por los medios de comunicación social<sup>5</sup>.

En el campo criminológico, las teorías de contenido rehabilitador han cedido terreno a un abanico de teorías ancladas en la estricta responsabilidad individual. La rehabilitación o resocialización tiene sentido cuando se parte de dos premisas complementarias: el delito denota un déficit de socialización que apunta a una cierta responsabilidad por omisión del Estado; el infractor es una persona dotada de libertad para protagonizar un cambio vital. Por lo tanto, el Estado, como Estado social, asume como cometido propio de la sanción una estrategia rehabilitadora que puede llevar a quien cometió un delito a llevar una vida sin delitos.

Las teorías estrictamente individuales entienden que el delito es un acto de la exclusiva responsabilidad de quien lo comete, sin contribución etiológica del Estado o la comunidad, razón por la cual el papel de los poderes públicos es estrictamente preventivo o inocuidador<sup>6</sup>. En el campo preventivo destacan las teorías criminológicas de la vida cotidiana y de elección racional (llamadas también criminologías actuariales). Entienden que el delito es un hecho cotidiano cometido por un delincuente racional. Consecuentemente, de lo que se trata es de calcular los riesgos de delito e incidir en los factores que el potencial delincuente tiene en cuanto a su análisis de coste-oportunidad,

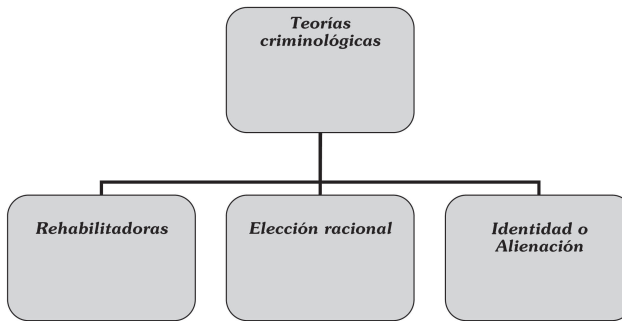
...

y discursos sobre el castigo. *Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 308 y ss. y D. SAN MARTÍN SEGURA, "Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo", en M.J. BERNUZ BENEITEZ y A.I. PÉREZ CEPEDA (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2006, 85 y ss. Fundamentalmente se trata de construir categorías de alteridad, administrando el miedo a través de políticas comunicativas de seguridad. En otras palabras: los "peligrosos" forman parte de los "desclasados", de los excluidos de la sociedad, y para ello es preciso controlarlos, vigilarlos y, si es caso, expulsarlos, utilizando para ello la idea del miedo. Z. BAUMAN, *El tiempo apremia*, Arcadia, Barcelona, 2010, pp. 27 y 77. La percepción de inseguridad engendra miedo y el miedo—al cambio, a la decadencia, a lo extraño—corroe la confianza en que se basan las sociedades civiles. T. JUDD, *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 4ª edición, 2011, p. 23.

5. Mucho interés, a este respecto, tiene el examen de las actitudes punitivas (expresión de los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesario), el miedo al delito (temor de los ciudadanos a ser personalmente víctimas de la delincuencia) y la inseguridad ciudadana (miedo al crimen en abstracto, inquietud respecto al delito como problema social). Véase, C. SAN JUAN; A.I. VERGARA; L. VOZMEDIANO, "Problemas de medición del miedo al delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-07, Granada, 2008, pp. 2 y ss., y L. VOZMEDIANO, "Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito", *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2010, pp. 204 y ss. Estas distinciones confieren sentido a la distinción entre la inseguridad y percepción de inseguridad, diferencia clave en la delimitación de las estrategias político-criminales que fijan los objetivos de la tutela penal. J.M. PAREDES, "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20, San Sebastián, 2006, pp. 132-133.

6. Estas concepciones propugnan un Estado mínimo en el orden económico (salvo en los casos crisis, para atemperar los conflictos comunitarios que surgen cuando se produce un debilitamiento significativo de los patrones de supervivencia vital de las personas) y un Estado máximo en la lucha contra el delito.

adoptando medidas desincentivadoras tendentes a reducir la ocasión de cometer un delito. Cuando la prevención falla y el delito se comete es preciso implementar una estrategia de estricta contención o aseguramiento. Aquí anida el sustrato conceptual de las teorías criminológicas de la identidad (el delincuente es un ser peligroso que actúa maximizando sus beneficios) o de la alienación (el infractor es un ser que debe ser alejado o contenido) que contemplan el delito como un hecho excepcional cometido por un ser anómalo. Se traza, por lo tanto, una línea divisoria entre el “nosotros” (ciudadanos que no delinquen) y “ellos” (los que tienen tendencia a delinquir). De esta forma, se sacrifica el ideal de la rehabilitación por los paradigmas de la protección, el aseguramiento y el control<sup>7</sup>. El objetivo público no es reeducar para llevar una vida sin delito sino neutralizar al infractor creando espacios de custodia públicos que permitan un control continuo del individuo<sup>8</sup>. De esta forma, la inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alternar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente<sup>9</sup>.



De esta manera se produce una reevaluación de las estrategias de criminalización y sanción. En la tipificación, se califican como delitos conductas que constituyen una mera infracción formal de las reglas que ordenan determinados comportamientos que tienen lugar en la vía pública, (buscando, con ello, un estado de tranquilidad ciudadana fundado en la aparente paz de los espacios por los que transita), y actitudes que ponen en tela de juicio la vigencia de determinadas políticas administrativas de contención (por ejemplo, el tratamiento penal de la migración irregular). En la reacción, se susti-

7. V. GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70.

8. P. FARALDO, “Estrategias actuariales en el control de la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 746.

9. El objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, demorando, de esta manera, su reincorporación comunitaria en términos dúctiles al riesgo de recidiva. B. DEL ROSAL, “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40. V. GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40.

tuyen las estrategias resocializadoras (que tienen como premisas la distinción entre la persona y el hecho –existe una infracción, no una persona infractora– y la reversibilidad de lo humano –el que comete una infracción puede desarrollar su vida futura sin delinquir) por las respuestas inoquizadoras (existen criminales, no hechos criminales, y los mismos son irrecuperables). Esta cosmovisión sirve de aliento a una filosofía punitivista que enfatiza como objetivos prioritarios del sistema penal sancionador el castigo, la incapacitación del infractor y la protección de la comunidad<sup>10</sup>.

En muchas ocasiones esta fagocitación de la resocialización por la inoquización obedece a una concepción ideológica determinada de lo público: aquella que concibe el Estado como mera estructura institucional portadora de seguridad (el Estado policial) y no como sistema dinamizador de servicios indispensables para el mantenimiento de una mínima calidad de vida (educación, sanidad, servicios sociales). Junto a ello, y amparándose en la capacidad de penetración de los círculos mediáticos, se promueve un Derecho Penal simbólico que trata de impresionar a la colectividad más que proteger a sus integrantes<sup>11</sup>. Se pretende, por lo tanto, que el Estado protagonice una respuesta rápida que conecte emocionalmente con el gran público (mostrando solidaridad con las víctimas del delito y con el miedo del público al delito), siendo irrelevante si la reacción pública es eficaz a medio plazo<sup>12</sup>.

Es más, estas concepciones criminológicas han permitido que en el orden dogmático se haya defendido la existencia de un Derecho Penal de varias velocidades, cada uno de ellos sujeto a un régimen de garantías distinto. El Derecho Penal de primera velocidad tendría como referente los delitos de lesión de intereses inherentes al ser humano, como la vida, la libertad y el patrimonio. Este Derecho estaría sujeto a un régimen de garantías máximo, dado que su régimen sancionador se articularía sobre sanciones penales privativas de libertad. El Derecho Penal de segunda velocidad se circunscribiría a los delitos de peligro de intereses supraindividuales o colectivos, como la seguridad del tráfico, la salud pública, la seguridad laboral y la ordenación medioambiental. Tendría un régimen de garantías atenuado y, como contrapartida, el régimen sancionador excluiría las sanciones privativas de libertad. El Derecho Penal de tercera velocidad se ceñiría a las infracciones cometidas por sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes (delinquentes habituales) o mediante la comisión de hechos graves (terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada). En estos casos el orden punitivo se manifiesta con penas draconianas que tratan de comunicar que el Estado no trata de sancionar a un infractor sino de estigmatizar o excluir a un enemigo<sup>13</sup>. Por ello, el

---

10. E. LARRAURI PIJOAN, “La economía política del castigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granada, 2009, p. 2.

11. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia”, *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Centro Reina Sofía, Serie Documentos, 15, Valencia, 2009, p. 115.

12. V. GÓMEZ MARTÍN, *cit.* p. 65.

13. M. CANCIO MELIA, “Derecho penal del enemigo. Contexto político-criminal y concepto teórico: algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en M. CANCIO MELIA; B. FEIJÓ SÁNCHEZ (eds), Thomson-Cívitas, Madrid, 2008; F. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del Derecho Penal de

régimen de garantías es mínimo, dado que tiene como destinatario a personas que han abandonado el derecho (no-ciudadanos<sup>14</sup>).

## 2. LA LEGITIMIDAD CONTEXTUAL DEL SISTEMA PENAL: LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA DILACIÓN INDEBIDA DEL PROCEDIMIENTO

La legitimidad del sistema penal precisa que su intervención se produzca en contextos temporales que permitan el cumplimiento de los objetivos de prevención general y especial que tiene asignados en una política pública propia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.3 CE). Por ello, la legitimidad del *ius puniendi* desaparece cuando transcurre el tiempo legalmente previsto desde la comisión de la infracción penal sin que se haya materializado el ejercicio de la acción penal. En tales casos, la imposición de una pena no cumple la finalidad de reafirmación del orden jurídico como parámetro regulador de la convivencia social. La mentada función, sin desaparecer, se debilita cuando, sin haber transcurrido el plazo legal de persecución de la infracción, la tramitación del proceso ha sufrido dilaciones indebidas y relevantes.

### 2.1. La prescripción de la infracción penal

La prescripción de la infracción penal puede ser analizada desde una perspectiva procesal o desde una óptica material. En el orden procesal se estima que su fundamento es la debilidad probatoria producida por el transcurso del tiempo. Se considera que el fluir del tiempo impide o dificulta la obtención de fuentes de prueba (desaparición de vestigios o testigos), provoca la desaparición de las fuentes de prueba obtenidas (muerte o incapacidad de los testigos) o limita al máximo el rendimiento probatorio obtenible de las fuentes de prueba (pérdida de memoria de los hechos por quienes los percibieron). De ahí que, en el plano procesal, se conciba la prescripción de la infracción como un óbice para el enjuiciamiento, articulándose como un incidente de previo pronunciamiento o como una cuestión preliminar al debate probatorio.

---

...  
 excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo”, *Estudios de Derecho Judicial*, 128, 2007, p. 16 y G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 149.

14. También han alcanzado predicamento las doctrinas de lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. Son teorías que han obtenido vigor en el marco de la llamada justicia de transición o de superación del pasado a través de instrumentos jurídicos. Propugnan la idea de justicia como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, relativizando la idea de proceso debido entendida como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos. En España, a la víctima se le considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 CE). Sin embargo, tal y como ha destacado la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 218/2007 y 9/2008), “(...) la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales (...)”, razón por la cual “(...) en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”.

En el orden sustantivo, la prescripción de la infracción se anuda a la ausencia de necesidad de la pena por el transcurso del tiempo, lo que constituye un límite autoimpuesto por el Estado para ejercer su *ius puniendi*.- El discurso sustantivo o procesal que fundamenta la prescripción ha sido objeto de análisis, desde una perspectiva estrictamente constitucional, por el Tribunal Constitucional. Ya en la STC 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, o una naturaleza sustantiva o material, basada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena. Pues bien, el máximo interprete de la Constitución ha venido reconociendo la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción ha ido cobrando en su jurisprudencia (fundamento jurídico segundo de la STC 63/2005, de 14 de marzo), refiriendo que se trata de una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpaado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De esta forma, la referida sentencia argumenta que lo que “ (...) la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión”, estipulando que “Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas”, y concluyendo que, transcurrido el plazo de prescripción, “(...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona<sup>15</sup>”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es conteste a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). Su fundamento radica, según se lee en la STS 383/2007, de 10 de mayo, en “(...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la amonación, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidante del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación”.

Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial (así, STS 803/2009, de 17 de julio).

La exégesis de las líneas jurisprudenciales referidas permite obtener tres conclusiones:

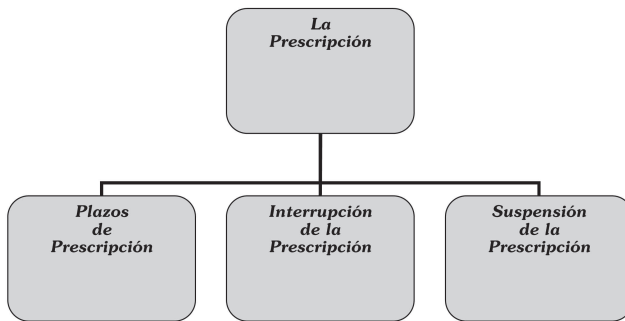
---

15. En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.



- \* Se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de perseguir el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- \* Se esgrimen razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), orillando toda mención a las víctimas.
- \* Se anuda a la prescripción del delito como consecuencia ineludible la de impedir la “exigencia de responsabilidades” o la “imposición de una pena”, expresiones que no excluyen, conforme al propio fundamento material de la prescripción, que se “declaren las responsabilidades”, determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable, aunque, dado el tiempo transcurrido, no sea factible imponer una pena.

A la luz de esta naturaleza jurídica, son tres las modificaciones operadas con la LO 5/2010: la regulación del plazo de prescripción de determinadas infracciones, la extensión de los delitos no prescriptibles y, finalmente, la regulación de la interrupción y suspensión de la prescripción<sup>16</sup>.



Con relación a la prescripción de determinadas infracciones, se configura como plazo prescriptivo de los delitos menos graves –aquellos que tienen asignados una pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años– el de cinco años<sup>17</sup> (artículo 131.1

16. El artículo 132.1 CP mantiene la misma regulación del *dies a quo* de la prescripción. La regla general es que los plazos prescriptivos se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los delitos continuados este día será en el que se realizó la última infracción, en los delitos permanentes cuando se eliminó la situación ilícita y en los delitos habituales cuando cesó la conducta. En los delitos contra intereses dimanantes de la dignidad de los menores de edad, el plazo prescriptivo comenzará su cómputo cuando la víctima adquiera la mayoría de edad y, si falleciera antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

17. QUINTERO estima que el plazo de cinco años resulta excesivo para algunos delitos de escasa entidad. G. QUINTERO OLIVARES, “La nueva regulación de la prescripción del delito”, *Comentarios al Código Penal*, 2011, p. 171. HERNÁNDEZ considera que si el Estado no ha sido capaz de ejercitar la acción penal

CP), y se estipula que, en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave (artículo 131.5 CP).

También se incrementan los delitos imprescriptibles, añadiendo a los de lesa humanidad, genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, los de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona (artículo 131.4 CP). Se trata, en definitiva, de estimar que es necesaria la pena en los delitos de asesinato categorial, aquellos en los que se extermina a una persona atendiendo a la etnia a la que pertenece, al grupo social en el que se integra o a la afinidad ideológica que presenta.

Finalmente, se procede a nueva regulación de la interrupción de la prescripción y se introduce la institución de la suspensión de la prescripción.

La prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta (artículo 132.2 CP). Para la exégesis de esta proposición se ofrecen dos criterios normativos:

- \* Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en el que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta<sup>18</sup> (artículo 132.1<sup>a</sup> CP).
- \* La persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho<sup>19</sup> (artículo 132.2.3<sup>a</sup> CP).

---

...  
 contra el presunto responsable de un delito menos grave en tres años no parece la respuesta más razonable ampliar el plazo equiparándolo al de los delitos graves. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas (arts. 131, 132 y 133 CP)”, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 136.

18. HERNÁNDEZ estima que la exigencia de que el procedimiento se dirija contra persona indiciariamente responsable para producir la interrupción de la prescripción conlleva la aportación de fuentes de prueba lo que, a su juicio, impide que la mera admisión a trámite de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción dado que se trata de meros instrumentos de transmisión de la *notitia criminis*. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma” *cit.* pp. 128-129. Sin embargo, tal y como el propio autor reseña, los indicios son datos fácticos incorporados al proceso mediante fuentes de prueba practicadas o aseguradas por el Juez de Instrucción en la fase procesal de investigación o por la Policía Judicial en la fase preprocesal, y las denuncias y querrelas, además de constituir, en el plano formal, un instrumento de transmisión de la *notitia criminis*, contienen, en el plano material, relatos en los que se ofrecen elementos factuales específicos y validables que provienen de fuentes de prueba, como las víctimas y los testigos. Ello justifica, a nuestro juicio, que la admisión a trámite por el juez de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción, dado que con ello se está diciendo que existen indicios (equiprobables pero indicios al fin y al cabo) de participación de una persona determinada o determinable en un ilícito penal provenientes de un relato plausible de una fuente de prueba –la afirmada víctima o un testigo–.

19. Tal y como sostiene HERNÁNDEZ, los datos precursoros de la posterior identificación deben de trazar un círculo concreto de sospechosos intervinientes. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma, *cit.* “ p. 131.

Producida la interrupción, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (artículo 132.2 CP).

Finalmente, se regula, por vez primera, la institución de la suspensión de la prescripción. En concreto, se estima que la presentación de una querrela o denuncia ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. A partir de este estado jurídico –suspensión– pueden producirse las siguientes situaciones:

- \* El pronunciamiento dentro de dicho plazo –contra el querrellado, denunciado, o contra cualquier persona implicada en los hechos– de una resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. En este caso, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.
- \* La emisión de una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia, o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. En estos casos continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.
- \* La ausencia de resolución en el referido plazo. Continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.

## 2.2. La dilación indebida del procedimiento

La sentencia debe ser emitida en un plazo razonable, exigencia ineludible de todo sistema de justicia eficaz. La dilación indebida –un *aliud* respecto a la respuesta tardía– constituye la vulneración de uno de los derechos fundamentales (artículo 24.2 CE) que integran el arquetipo de juicio justo o proceso debido.

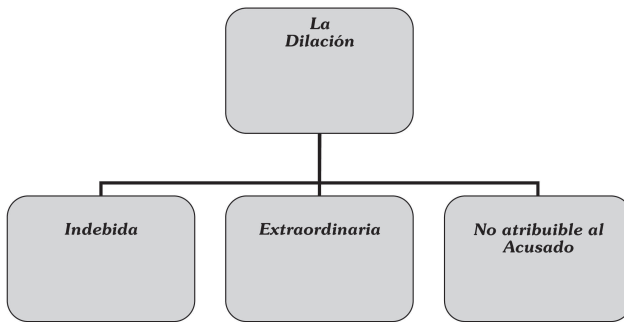
Inicialmente el Tribunal Supremo entendió que la dilación indebida no tenía un remedio jurisdiccional en el orden penal. Así el Pleno no jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 estableció que la reparación por dilaciones indebidas no era posible en el marco del Poder Judicial, debiendo ser el Ejecutivo quien acuda en remedio de semejantes situaciones mediante el indulto o las indemnizaciones en el marco del funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, posteriormente, el Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 admitió la posibilidad de aplicar una atenuante analógica de dilaciones indebidas sosteniendo que en estos casos el acusado ha tenido que padecer un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso, lo que justifica compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena de parte de la culpabilidad ya asumida con el mal dimanante de la excesiva duración procedimental<sup>20</sup>. Se entiende, por tanto, que la dilación indebida

---

20. Han existido posturas doctrinales críticas con ese posicionamiento jurisprudencial al entender que vulnera el principio de legalidad, al arrogarse el Tribunal Supremo la capacidad de legislar. Así, F.J. ÁLVAREZ

es un mal que el condenado ha tenido que soportar por una actuación injustificada del Estado que el propio Estado debe compensar mediante una atenuación de la pena (por todas, SSTS de 15 de junio de 2006 y 3 de diciembre de 2007). En otras palabras: la dilación indebida en el proceso penal constituye un mal –como daño injusto– que, en aras a garantizar que la reacción punitiva no exceda de la culpabilidad– exige una atenuación de la pena impuesta. Para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo acudía a la denominada atenuante analógica (por todas, SSTS 518/2010, de 17 de mayo y 659/2010, de 18 de junio).

La LO 5/2010 introduce como una atenuante ordinaria –artículo 21.6 CP– la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Tal y como explicita la STS 794/2011, de 8 de julio, el precepto exige la concurrencia de cuatro requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.



La regulación legal no impide colmar el significado de algunos conceptos jurídicos indeterminados– como el carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y la propia complejidad de la causa– cuya fijación no puede establecerse de forma apriorística, siendo preciso analizar las circunstancias del caso concreto<sup>21</sup>.

Existe dilación extraordinaria en la tramitación del procedimiento cuando la tardanza sea severa, al superar notablemente los márgenes de duración estándar de procesos similares, sin que pueda tildarse de proporcionada a la complejidad de la causa –pluralidad de partes, multitud de pruebas, necesidad de acudir a la cooperación jurisdiccional internacional etc.–.

...  
 GARCÍA, “La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)”, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 30 y A. MANJÓN-CABEZA, “Circunstancias Modificativas” en *Comentarios al Código Penal*, 2010, p. 48.

21. Ello ha motivado la crítica doctrinal al estimar que términos tan poco precisos conllevan una quiebra de la garantía de taxatividad inherente al principio de legalidad. F.J, ÁLVAREZ, “La atenuante...”, *cit.* p. 36.

La dilación es indebida cuando obedece a un deficiente funcionamiento del sistema institucional de Justicia, siendo atribuible al propio inculpado cuando protagoniza actuaciones procesales directamente encaminadas a prolongar de forma injustificada el procedimiento<sup>22</sup>.

La exégesis del precepto conlleva que tomando como premisa su carácter injustificado –único que permite su calificación como indebido– no procede su consideración como atenuante cuando el retraso es ordinario, emergiendo su consideración como atenuante simple cuando el retraso es extraordinario y restringiendo su estimación como atenuante cualificada cuando el retraso es escandaloso<sup>23</sup>.

### 3. LA LEGITIMIDAD TELEOLÓGICA DEL SISTEMA PENAL

La legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

#### 3.1. La peligrosidad criminal y la libertad vigilada

La LO 5/2010 introduce dos reformas sustanciales en el seno de las medidas penales<sup>24</sup>. Por una parte, instaura una nueva medida de seguridad no privativa de libertad –la libertad vigilada– en la que se condensan un elenco de medidas no privativas de libertad preexistentes. Por otra, y es la novedad más sustancial, regula la libertad vigilada como medida de seguridad imponible a un imputable calificado legalmente como peligroso<sup>25</sup>, a quien también se condena a una pena de prisión por un delito muy grave o grave. Esta medida de seguridad –además de ser imputable– se cumple una vez extinguida la pena de prisión impuesta por el delito cometido con plena capacidad de culpabilidad. Se diferencia, por lo tanto, de las medidas de seguridad impuestas a sujetos con una imputabilidad excluida o limitada que ora se cumplen como único remedio jurídico –caso de inimputables–, ora como remedio jurídico preferente– caso de semiimputables a quienes se asigna una medida privativa de libertad–, ora como remedio jurídico coetáneo –caso de semiimputables a quienes se impone una medida no privativa de libertad–.

---

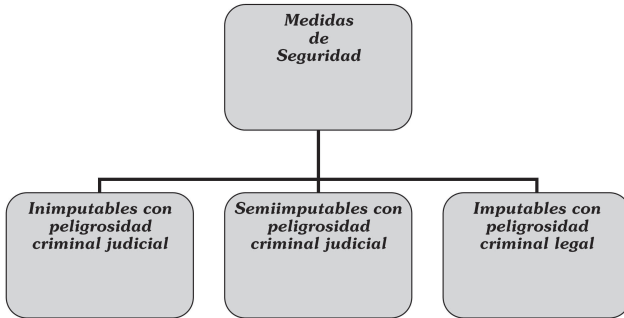
22. La STS 794/2011, de 8 de julio, estima que no procede la atenuación, por carecer de fundamento material, cuando la paralización de la actividad procesal obedeció a una voluntaria sustracción del acusado a la acción de la justicia, al permanecer más de tres años en rebeldía procesal.

23. Así, A. MANJÓN-CABEZA, “Las circunstancias”, *cit.*, p. 50.

24. Un desarrollo más amplio de las medidas penales en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “El Código Penal ante la enfermedad penal y la peligrosidad”, *Revista del Poder Judicial*, 89, 2009, 209-238.

25. El único precedente existente en el Código Penal de imposición de una medida de seguridad a un imputable es el previsto en el artículo 60, circunscrito a un supuesto de inimputabilidad sobrevenida: el caso de penado que, después de pronunciada la sentencia firme, sufre una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad y garantizará que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si la pena que se cumple no es privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

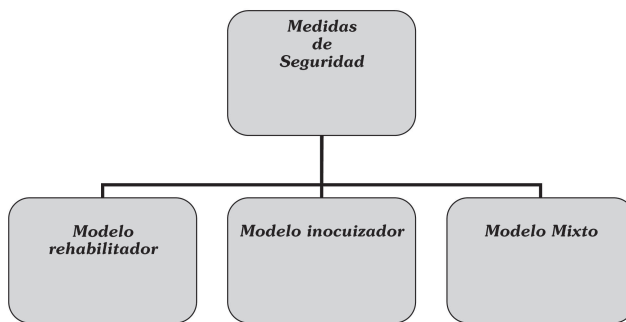
Por lo tanto, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas penales constituyen una sanción penal que cabe imponer a los inimputables o semiimputables que presentan una peligrosidad criminal postdelictual –artículos 6 y 95 CP– así como a los imputables calificados legalmente como peligrosos-artículo 106.2 CP–. Además, el modelo político-criminal que justifica la imposición de una medida de seguridad es radicalmente disímil según se trate de personas con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada o de sujetos con plena imputabilidad.



El punto de partida es común, dado que viene configurado por lo dispuesto en el artículo 6.1 CP: las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. A partir de esta premisa común, surgen las diferencias. En el caso de inimputables o semiimputables, la imposición de una medida de seguridad –que podrá ser privativa o no privativa de libertad atendiendo a los criterios normativos establecidos– dependerá de un juicio jurisdiccional motivado fundado en un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos a partir del examen del hecho y de las circunstancias personales del sujeto –artículo 95.1.2º CP–. En el supuesto de imputables, la peligrosidad criminal se determina normativamente pues la ley entiende que se encuentra presente la misma cuando el sujeto declarado imputable en sentencia– y, por ello, condenado a una pena por haber cometido un delito de forma culpable– ha sido declarado responsable de la comisión de un delito de terrorismo o de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Es esta presunción legal *iuris et de iure* de peligrosidad lo que determina que en estos casos el artículo 106.2 CP estipule que el “el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada”. En otras palabras: en las medidas de seguridad para inimputables o semiimputables el Juez o Tribunal desarrolla una actividad jurisdiccional de fijación o determinación –pues crea el estado jurídico de peligrosidad a partir de las premisas legales–; para imputables, sin embargo, el Juez o Tribunal declara el estado jurídico de peligrosidad definido normativamente<sup>26</sup>. En este punto, se detecta

26. En el caso de inimputables o semiimputables, las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que, en la comisión de un delito, se muestren incapaces de comprender la ilicitud de sus hechos, o, comprendiéndolos, no son capaces de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y respecto de los cuales concurra de

un tránsito del modelo rehabilitador –la medida de seguridad precisa una peligrosidad criminal definida judicialmente a la luz de la prueba practicada en el juicio– al modelo inocuizador –la medida de seguridad se vincula a un estado de peligrosidad que la ley estima existe cuando el sujeto activo ha sido condenado por delitos de terrorismo o delitos sexuales<sup>27</sup>–. La única excepción a la implantación del modelo inocuizador en la medida a cumplir después de la pena de prisión cuando se trata de delitos que atribuyen a su autor la consideración de peligroso –es decir, delitos de terrorismo y delitos sexuales–, se produce cuando el penado sea primario<sup>28</sup> y el delito cometido –que debe ser único– sea menos grave. En tal caso, los artículos 192.1 y 579.3 del Código Penal permiten que el Juez o Tribunal no imponga la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad.



...  
 forma simultánea un pronóstico de reiteración posterior de hechos constitutivos de delito. Cuando se trata de imputables, se tiene en consideración que se trata de sujetos que han cometido un delito concreto y, sobre los cuales, se presume *ex lege* su peligrosidad criminal. M. ACALE, *Mediación a la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, 2010, pp. 160-161.

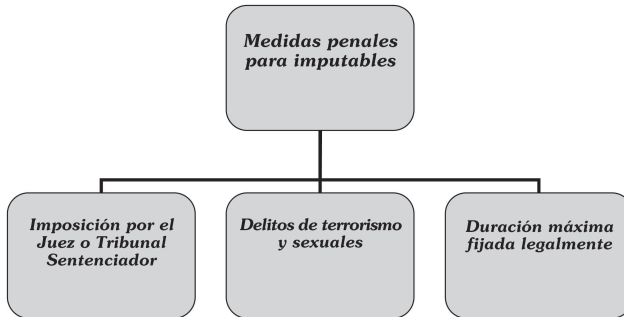
27. Para ZUGALDÍA se trata de una fórmula propia del Derecho Penal del Enemigo que se concreta en la admisión de una medida de seguridad que se impone tras la pena como consecuencia de dar preferencia a la peligrosidad del autor sobre su culpabilidad. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2009, p. 204. REBOLLO considera que se introduce una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad propia de un Derecho Penal de autor. R. REBOLLO VARGAS, “De las medidas de seguridad”, *Comentarios... cit.*, p. 818. ALONSO estima que responde a una tendencia que estima que el reforzamiento punitivo es uno de los instrumentos más eficaces, sino el único, para luchar contra la peligrosidad del autor cuando la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente. A. ALONSO RIMO “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2009, 29, p. 130.

28. En la reforma no se define qué se entiende por delincuente primario cuando se trata de discernir si procede la imposición de la medida de libertad vigilada. A nuestro juicio, no es primario el delincuente que ha sido previamente condenado en sentencia firme por un delito del mismo Título y naturaleza que el cometido, siempre que los antecedentes derivados de tal condena no estén cancelados o sean cancelables. Así, F.A. CADENA, “La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010”, *Revista Jueces para la Democracia*, 70, 2011, p. 54.

Por lo tanto, son tres las diferencias existentes entre la medida de seguridad como reacción jurídica a un déficit de imputabilidad y la medida de seguridad como consecuencia que se anuda a una imputabilidad plena. A saber:

- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable exige un juicio jurisdiccional motivado y específico de peligrosidad, mientras la medida de seguridad a un imputable tiene como premisa una declaración legal de peligrosidad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable puede ser privativa de libertad o restrictiva de libertad mientras la medida de seguridad a un imputable únicamente puede ser limitativa de libertad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable tiene que cumplirse de forma alternativa, preferente o coetánea a la pena, mientras que la medida de seguridad a un imputable se cumple una vez extinguida la pena de prisión<sup>29</sup>.

La libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial específico a través del cumplimiento de alguna de las medidas previstas en el artículo 106.1 CP –no otras, dada la vigencia del principio de legalidad punitiva ex artículo 2.1 CP.– Estas medidas, han sido clasificadas por alguna doctrina<sup>30</sup> en dos grupos: las que tienen como finalidad vigilar la libertad del sometido y las que tienen como objetivo proteger a las víctimas. A mi juicio, todas las prohibiciones y obligaciones que integran la libertad vigilada tienen como objetivo proteger a las víctimas, si bien en un caso se trata de las víctimas pretéritas –aquellas que ya fueron victimizadas por el penado– y, en otro, de las víctimas potenciales –aquellas que pueden ser victimizadas por el penado–. De ahí que se haya afirmado que la medida de libertad vigilada trata de conciliar la reinserción social del sujeto en la sociedad con la protección de las víctimas<sup>31</sup>.



29. El sistema resultante de la reforma se configura como la imposición de una pena de prisión y de una medida de seguridad no privativa de libertad con cumplimiento sucesivo al agotamiento de la pena que, a diferencia de lo previsto en el actual art. 99, en el que se prevé la concurrencia de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad, no permite el cumplimiento anticipado de la medida ni que se realice ningún abono a la pena por la medida de seguridad ya cumplida. R. REBOLLO VARGAS, “De las medidas de seguridad”, *Comentarios ...cit.*, p. 811.

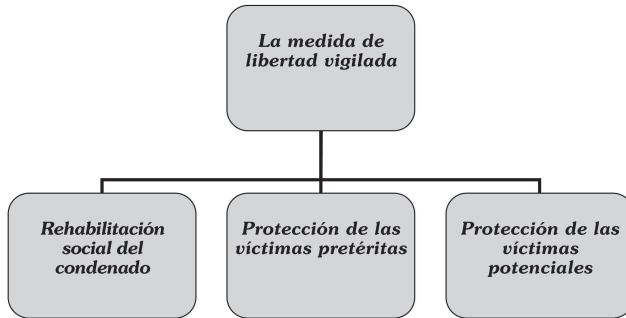
30. M. ACALE, María, *Mediación a la respuesta*, cit, p.

31. J.M. SILVA, “La reforma”, cit, p. 8.



Esta opción político criminal puede incurrir en desproporción punitiva –exasperación del contenido aflictivo de la reacción penal– en aquellos casos en los que se vincula a una presunción legal irrefutable de peligrosidad criminal que se anuda a la comisión de determinados delitos<sup>32</sup>.

La regulación de la libertad vigilada como medida penal asignable a un imputable –al que, a partir de ahora, ceñimos nuestro análisis– se impone en la sentencia para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta –artículo 106.2 CP–. Consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial a través del cumplimiento de una o varias de las siguientes medidas –artículo 106.1 CP–:



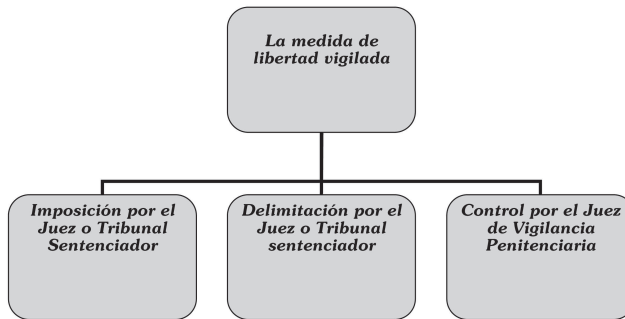
- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico<sup>33</sup>.

32. M. ACALE afirma que la libertad vigilada para imputables constituye una manifestación del Derecho Penal del enemigo, dado que al delincuente terrorista y sexual se le considera los mayores enemigos del sistema y por ello se presume ex lege que van a volver a delinquir una vez recuperen la libertad de la que han estado privados durante un largo período de tiempo. Así, *Mediación a la respuesta*. ob. cit., p. 203.

33. Esta obligación es sumamente problemática pues, a diferencia de los inimputables, tiene como referente subjetivo a personas con plena capacidad de autodeterminación volitiva, a pesar de lo cual se les impone un tratamiento médico obligatorio. Recuérdese que el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Quizá esta difícil convivencia nor-

- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- La prohibición de residir en determinados lugares.
- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

La duración máxima de la libertad vigilada será de cinco años –artículo 105.1 CP– si bien podrá alcanzar los diez años cuando expresamente lo disponga el Código –artículo 105.2 CP<sup>34</sup>–. Cuando se impongan varias medidas de libertad vigilada, se procederá a su cumplimiento simultáneo, cuando sea factible atendiendo al contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, o de manera sucesiva, si no fuera factible el cumplimiento simultáneo –artículo 106.2 CP–.



Según dispone el artículo 106.2 CP, impuesta la medida de libertad vigilada en la sentencia– como medida a cumplir una vez extinguida la pena de prisión, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad –o de las penas privativas de

...

mativa explique lo dispuesto en el artículo 100.3º CP: a estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento inicialmente consentido. No obstante, el Juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

34. En concreto, si alguno de los delitos de terrorismo o sexuales cometidos por el imputable es grave la duración de la medida de libertad vigilada será de cinco a diez años; si todos son menos graves, su duración oscilará entre uno y cinco años (artículos 192.1 y 579.3 CP).

libertad, si hubieran sido varias las impuestas– el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, tras valorar los informes emitidos por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario y demás actuaciones que a este fin ordene. El Juez o Tribunal sentenciador, tras oír al Ministerio Fiscal, a las partes personadas, al penado y a las víctimas del delito –cuando no estuviesen personadas si así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto–, resolverá motivadamente a la luz de la propuesta, los informes emitidos y las alegaciones formuladas. Esta resolución puede tener el siguiente contenido:

- Dejar sin efecto la medida de libertad vigilada si existe un pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente el control judicial de la libertad del penado mediante la imposición de prohibiciones u obligaciones. Esta posibilidad tendrá serias opciones cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia haya venido precedida de la libertad condicional cuya declaración precisa, entre otros requisitos, que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social– artículo 90.1 c CP<sup>35</sup>–.
- Fijar las obligaciones o prohibiciones que integran la libertad vigilada.

Fijado por el Juez o Tribunal sentenciador el contenido de la medida de la libertad vigilada, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuanto menos una vez al año, deberá trasladar una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador –fundada en los informes elaborados por los facultativos o profesionales que atiendan al sometido a la medida o por las Administraciones competentes respecto a su situación y evolución, grado de rehabilitación y pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva– para que el órgano judicial sentenciador– con los mismos trámites de audiencia pergeñados para su adopción– resuelva– *ex* artículo 106.3 CP–:

- Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.
- Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

En el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez o Tribunal, tras la audiencia a las partes, podrá, a la vista de las circunstancias concurrentes, modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Además de ello, si el incumplimiento fuera reiterado o grave –plano objetivo– y revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas –plano subjetivo–, deducirá testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de medida –artículo 106.4 CP–.

---

35. En todo caso, la cuestión importante es saber si las personas a las que se imponga la libertad vigilada van a ser excluidos de los mecanismos de reinserción previstos en nuestra legislación penitenciaria para su aplicación durante la ejecución de la pena. J. CID; B. TEBAR, “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, *Avances en la investigación en Criminología, Revista de la Sociedad Española de Investigación Criminológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 55.

### 3.2. Las penas privativas de libertad: la ejecución penitenciaria, la suspensión y la sustitución

La imposición de una sanción penal puede justificarse acudiendo a cuadro modelos punitivos<sup>36</sup>: el proporcionalista, el rehabilitador, el restaurativo y el inocuizador.

El *modelo proporcionalista* estima que el criterio fundamental para delimitar la sanción imponible es la gravedad del delito cometido, considerando que la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito.

El *modelo rehabilitador* considera que la sanción es un medio idóneo para evitar la recidiva. Por lo tanto, es preciso ajustar el tipo y la duración de la pena a los factores criminógenos presentes en el delincuente –de orden personal, familiar o comunitario– y a la entidad del riesgo de reincidencia –alto, medio o bajo– anudables a los mismos.

El *modelo restaurativo* estime que la pacificación individual y social así como la reparación del daño causado a las víctimas constituye el fundamento básico para determinar la clase y duración de la sanción.

Finalmente el *modelo inocuizador* considera que el fin de la pena es privar al delincuente de la oportunidad de delinquir. Los fines preventivos, contruidos en torno a estrategias de rehabilitación de fundamento terapéutico o formativo, ceden terreno ante los objetivos neutralizadores o inocuizadores cuyo destino es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución. La inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alterar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente, simplemente mediante la reubicación espacial de los delincuentes en la sociedad<sup>37</sup>. En el caso de los drogodependientes este modelo punitivo propugna que el tratamiento penal expeditivo y drástico (es decir, el encarcelamiento) sustituya a la estrategia médica o terapéutica<sup>38</sup>.

Los modelos punitivos persiguen justificar la pena en un modelo específico de Estado: el social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE). Esta configuración del Estado conlleva que la pena tenga una función de prevención de delitos ejercitable siempre que sea imprescindible para la protección efectiva de los ciudadanos. De esta forma, la legitimidad de la pena precisará la obtención de la máxima eficacia en la prevención de delitos con el mínimo costo humano<sup>39</sup>. De ahí la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, a la sociedad<sup>40</sup>. El cumplimiento de este objetivo

---

36. Seguimos en esta materia la exposición de J. CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 29 y ss.

37. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-5, Granada, 2010, pp. 1-24.

38. B. DEL ROSAL BLASCO, “¿Hacia el Derecho Penal”, *cit.* p. 13.

39. S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 105.

40. Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en L. MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. En relación al CP 1995,

permite asignar a las penas una función básicamente preventiva<sup>41</sup> que se despliega en un contexto comunitario –prevención general– e individual –prevención especial–.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal<sup>42</sup> que asiente la “conciencia social de la norma”, la “confirmación de la vigencia de la norma” o la “ratificación de una actitud de respeto por el Derecho”.

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la recidiva delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identificaba con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual y inocuización empiezan a adquirir predicamento. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados<sup>43</sup>.

---

...  
L. MORILLAS CUEVA, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También A. JORGE BARREIRO, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. E. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

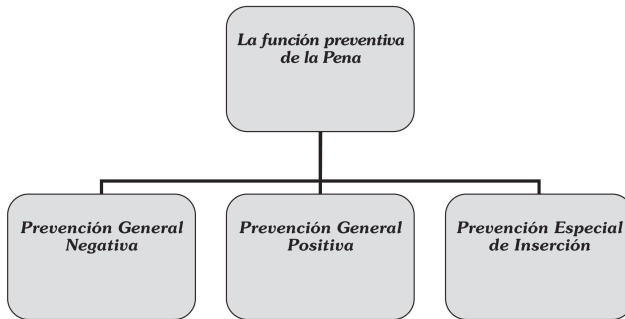
41. La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal imparte sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. R. BARBERET HAVACANT, “La prevención general y especial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, p. 121 y 122. H. KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

Señala ZAFFARONI que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. E.R. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

42. En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, E.R. ZAFFARONI, *En torno...*, *cit.*, pp. 154-157.

43. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. DE LA CUESTA, acogiendo la terminología de GARLAND, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter aflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. J. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. WACQUANT sostiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social

En la sociedad del siglo XXI –denominada sociedad del conocimiento– la sanción penal tiene que cumplir una función específicamente comunicativa que abarque una dimensión general –la constituida por la comunidad– y otras dimensiones individuales –la conformada por las víctimas y el victimario–. En la perspectiva general la pena desaprueba el hecho injusto cometido por el sujeto activo y ratifica la vigencia de la norma mediante su restauración, estabilizando, de esa forma, el sistema normativo. En la perspectiva individual, la respuesta punitiva repara el daño injusto sufrido por la víctima y permite contener el riesgo de recidiva del victimario.



Es indiscutible el interés social e institucional en la consecución de objetivos tan importantes como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor, la reparación y asistencia a las víctimas y la restauración de la paz social. De ahí que quepa concluir que seleccionar la pena adecuada y elegir del modelo de ejecución de la misma idóneo constituya uno de los principales desafíos del sistema penal<sup>44</sup>. La importancia que la comunidad asigna a la consecución de los objetivos pretendidos con la imposición de una sanción penal permite concluir que la selección de la pena adecuada y la elección del modelo de ejecución son cuestiones de enorme significación

...

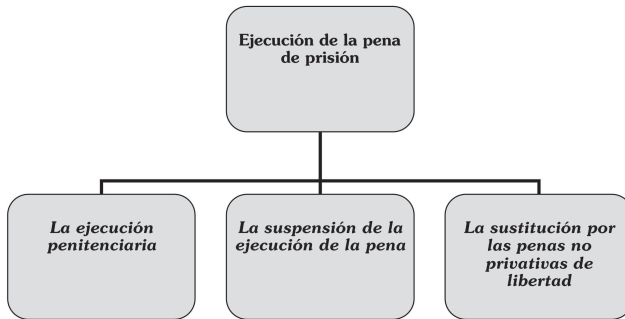
por el Estado penal. L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. BUSTOS y HORMAZÁBAL mantienen que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va paralela a la pérdida de soberanía de los Estados. J.J. BUSTOS RAMÍREZ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23. LARRAURI refiere que el aumento desproporcionado de personas en prisión desde la década de los ochenta no responde a un incremento de la comisión de delitos sino a una decisión de política criminal de cómo reaccionar ante ellos. E. LARRAURI, “La economía política del castigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, pp. 2 y ss. DEL ROSAL menta que las políticas penales han experimentado un giro punitivo, haciendo de la represión carcelaria el principal mecanismo de intervención, desatendiendo la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales. B. DEL ROSAL, “¿Hacia el Derecho Penal...”, *cit*, p. 11.

44. J.M. TAMARIT SUMALLA, “Sistema de sanciones y política criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-2006, 2007, p. 2.

pública<sup>45</sup>. De ahí que pueda sostenerse que las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinada por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido mantener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad<sup>46</sup>, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial<sup>47</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de la pena de prisión puede responder a tres modelos legales<sup>48</sup>. A saber:

- \* El modelo de ejecución “en sentido estricto” de la pena de prisión, mediante su cumplimiento en un Centro Penitenciario en los términos previstos en el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria.
- \* El modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión, que abarca la suspensión ordinaria (artículos 80 y 81 CP), la suspensión especial (artículo 87 CP) y la suspensión excepcional (artículo 80.4 CP).
- \* El modelo de sustitución de la pena de prisión, en su modalidad ordinaria (artículo 88.1 párrafo primero CP) y excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo CP).



45. En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

46. J.M. SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

47. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40, México, 2000, pp. 281-282.

48. De forma más detallada en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, ““El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad””, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, nº 11, 2005, pp. 1-20.

La articulación de los diversos modelos está presidida por la vigencia del principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación efectiva de la libertad. Este principio precisa que sólo resulte legítimo acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido<sup>49</sup>, protección idónea de las víctimas<sup>50</sup> y factible reintegración comunitaria del penado<sup>51</sup>. En otras palabras: conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión<sup>52</sup> el juez debe proceder a la inexecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los sustitutivos penales previstos en la legislación<sup>53</sup>. Ahora bien, esta decisión jurisdiccional está determinada por el marco legal que, en atención a la extensión de la pena impuesta –determinada por la gravedad del injusto y la importancia del reproche–, puede fijar espacios de juego disímil para ponderar la eficacia de alternativas distintas a la ejecución penitenciaria. Así, como vamos a analizar, conforme a nuestra legislación penal, las penas de prisión de duración superior a cinco años de prisión únicamente admiten como modelo ejecutivo la ejecución penitenciaria; las penas de prisión de duración superior a dos años e inferior a cinco admiten la ejecución penitenciaria y, además, la suspensión ejecutiva de la pena impuesta cuando la drogodependencia es un factor criminógeno definido y existe un contexto terapéutico que sirve de adecuado marco de contención del riesgo de recidiva, y, finalmente, las penas de prisión de hasta dos años de duración pueden ser ejecutadas penitenciarimente, suspendidas en su ejecución o, finalmente, sustituidas por penas no privativas de libertad. En otras palabras: a mayor gravedad de la infracción menores alternativas ejecutivas, opción legal vinculada básicamente a estrategias de prevención general o comunitaria.

Estos remedios jurídicos resultan complementados con la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, prevista en el artículo 89 para los extranjeros que no residen legalmente en España, que, tal y como se examinará, únicamente responde a las necesidades de reforzamiento de la política migratoria.

### 3.2.1. La ejecución penitenciaria

La LOGP, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, articuló un modelo de ejecución penitenciaria que hacía de la prevención especial la finalidad

---

49. Es decir: transmitir a la comunidad un mensaje de validación de la vigencia de la norma penal como medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario.

50. Es decir: evitar fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena.

51. Es decir: implementar medidas que contengan el riesgo de reincidencia a través de alternativas de contenido rehabilitador.

52. CID MOLINÉ lo define como criterio de humanidad, *La elección...*, cit, p. 33.

53. En palabras de SILVA SÁNCHEZ: las formas de ejecución más aflitivas deben sustituirse por otras menos aflitivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Así “Prevención...”, cit, p. 4.



preeminente de la pena privativa de libertad. En concreto, estipuló que la ejecución penitenciaria se vertebraría conforme al sistema de individualización científica según el cual la clasificación penitenciaria respondía al pronóstico de reinserción social, tarea a efectuar por el equipo técnico de tratamiento a partir de los instrumentos de evaluación y diagnóstico (artículos 60, 63, 69 y 72.1 LOGP). De esa manera, era perfectamente factible que, cualquiera que fuera la duración de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia –cuya extensión dependía de la gravedad del injusto cometido y de la intensidad del reproche asignable a su autor–, o la etiología o naturaleza del delito cometido, el penado pudiera ser clasificado desde un primer momento de la relación penitenciaria en tercer grado, lo que conllevaba su destino en un centro de régimen abierto (artículo 72.3 y 4 LOGP).

La LO 7/2003 modificó este esquema legal y en un contexto político-criminal securitario<sup>54</sup> estipuló que la clasificación penitenciaria en tercer grado no podía efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta cuando se tratara de penas de prisión superiores a cinco años de duración. De forma especial, salvo que se tratara de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podía acordar razonadamente, oídas las partes e Instituciones Penitenciarias, la aplicación del régimen general de cumplimiento atendiendo a la evolución del tratamiento y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Se introdujo, por lo tanto, un período de seguridad que respondía a estrictos postulados de prevención general, que, durante la primera mitad del cumplimiento de la pena, absorbía a los objetivos de prevención especial en determinados injustos penales –en concreto delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales en los que necesariamente era preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para acceder al tercer grado– y los debilitaba en el resto –la regla general era el cumplimiento de la mitad de la condena para acceder al tercer grado pero era factible que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordara la aplicación del régimen general atendiendo a la evolución del tratamiento penitenciario y al pronóstico favorable de reinserción social–. Un sector relevante de la doctrina entendió que esta reforma era una muestra del declive de las teorías de la reinserción y la rehabilitación social y el coetáneo auge de las políticas retribucionistas y de prevención general<sup>55</sup>.

Con la reforma que la LO 5/2010 hace del artículo 36.2 CP, para acceder al tercer grado de clasificación penitenciaria será necesario al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta –siempre que sea superior a cinco años– en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

En el resto de delitos el Juez o Tribunal determinará, en cada caso, si es preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para ser calificado en tercer grado de tratamiento y, en caso afirmativo, podrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídas las partes e

---

54. J. BAUCCELLS LLADÓS, “Artículo 36”, en *Comentarios al Código Penal*, J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 437.

55. Por todos, J.L. FUENTES OSORIO, “El período de seguridad” en AA.VV. *Reforma penal LO 5/2010*, Francis Lefevre, Santiago de Compostela, 2010, p. 746 y R. GARCÍA ALBERO, “Artículo 36” en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), p. 353. VER.

Instituciones Penitenciarias, y atendiendo al resultado exitoso del tratamiento penitenciario, acordar que se produzca la clasificación en tercer grado atendiendo al régimen general de cumplimiento.

La implantación de un período de seguridad constituye una revisión del sistema de individualización científica en la ejecución penitenciaria que obedece exclusivamente a criterios de prevención general. En concreto, el Código Penal estima que el cumplimiento de las necesidades de reafirmación normativa y disuasión delictiva precisa que cuando la duración de la pena excede de cinco años y su imposición venga motivada por la comisión de determinados delitos<sup>56</sup> el acceso al tercer grado penitenciario únicamente tenga lugar cuando se cumpla la mitad de la pena. Por ello, fija imperativamente esta necesidad, sin permitir que la misma sea modificada ni por el Juez o Tribunal sentenciador ni por el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>57</sup>. Cuando la referida pena venga impuesta por otros delitos, el juez o tribunal, atendiendo a los referidos criterios de prevención general<sup>58</sup>, podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria atendiendo a razones de estricta prevención especial –pronóstico individualizado y favorable de reinserción social– y previa audiencia de las partes e Instituciones Penitenciarias– podrá acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en la LOGP.

### **3.2.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad**

Los paradigmas de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario se encuentran presentes en la regulación que el Código Penal realiza del instituto de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80 y ss), suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 87) y sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88).

Los mentados instrumentos jurídicos constituyen sustitutivos penales, adoptando, para tal identificación, el sentido restringido de la expresión sustitutivo penal. Tal y como afirma BARQUÍN, el término sustitutivo penal, en su vertiente restringida, hace referencia a las posibilidades concretas previstas por la norma para dejar sin cumplir en todo o en parte la pena de prisión<sup>59</sup>.

---

56. En concreto, los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

57. Estamos ante una nueva manifestación del Derecho Penal de la seguridad dado que el precepto estima que la comisión de determinados delitos conlleva una peligrosidad del sujeto que no puede ser contenida a través de las normas generales del cumplimiento de las penas. Así, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El período de seguridad” en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA y J.L. GONZÁLEZ CUSAAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 94.

58. En el sentido del texto, J.L. FUENTES OSORIO, “El período...” *cit.* p. 747. Estimando que son los criterios de prevención especial los que deben informar la decisión judicial, J. BAUCELLOS LLADÓS, “El artículo ...” *cit.* p. 438.

59. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, *cit.* p. 286.

La suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>60</sup> es factible, tal y como se regula en los artículos 80 y 81 CP, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- la pena de prisión impuesta o la suma de las impuestas no exceda de dos años de duración, reacción jurídica acorde con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido;
- no exista una peligrosidad criminal del sujeto<sup>61</sup>, exigencia ínsita en el paradigma de protección de las víctimas al imponer la evaluación de los riesgos de nueva victimación<sup>62</sup>;

---

60. E. MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 35, 2000, p. 762 y ss. M. POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal”, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, 4, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 256 y ss.

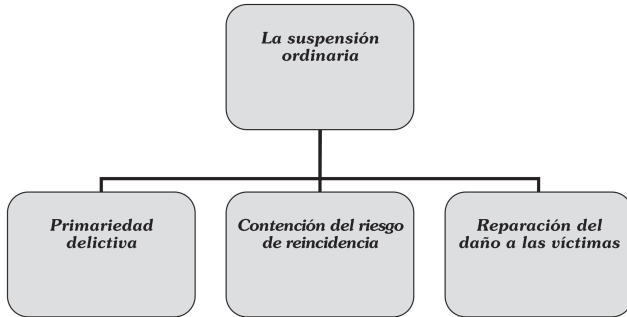
61. La LO 15/2003 introdujo una mención a la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado a una pena de prisión cuya ejecución puede suspenderse. Este criterio no debería fundamentar una denegación de la suspensión de la ejecución cuando la suspensión y las reglas de conducta son medidas idóneas para neutralizar el riesgo de recidiva y la imposición de la pena sea suficiente para manifestar el reproche penal. A juicio de MIR PUIG, esta previsión legal puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto. S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit, p. 685. El juicio de peligrosidad se articula en dos momentos: la comprobación de la peligrosidad específica (diagnóstico de peligrosidad) y la verificación de la relación entre dicha peligrosidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal).

En la **fase de diagnóstico** procede determinar si el sujeto reúne, con base en datos contrastables, los requisitos que indiquen una peligrosidad. Diagnosticar precisa recoger y analizar datos para evaluar la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima.

En la **fase de prognosis** se formula un pronóstico de comportamiento futuro que, de forma apriorística, se ha formulado con arreglo a los siguientes métodos: el método intuitivo, que se basa en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico ni técnico; el método científico, que se funda en el estudio de la personalidad del sujeto por especialistas y técnicos mediante procedimientos científicos; y el método estadístico, que se articula en torno a la aplicación de tablas de predicción elaborados por la ciencia criminológica. El único método incompatible con la racionalidad que debe presidir todo juicio judicial es el intuitivo, en la medida que se funda en razones no contrastables.

62. Sostiene CID MOLINÉ que la decisión respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión se funda en un juicio individualizado sobre la peligrosidad del infractor y la idoneidad de la suspensión, con las reglas de conducta, para tratar la peligrosidad. En todo caso, señala este autor, para una consideración adecuada de la situación de la persona condenada es preciso un informe psico-social del infractor, tarea sobre la que el Código Penal guarda silencio. J. CID MOLINÉ, “Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal de 2003”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 150-151. Este informe, que debe abarcar el riesgo de reincidencia y los factores criminógenos presentes en el penado, debe ser confeccionado por un criminólogo. J. CID MOLINÉ, *La elección...*, cit, pp. 37, 96-97, 131-132, 142. La propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, a las medidas cautelares personales, elaborada por el Grupo de Política Criminal prevé que, con carácter previo a la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez de ejecución postule un informe psico-social de la persona condenada. Este informe deberá analizar el riesgo de reincidencia de la persona y la posibilidad de que el peligro de reincidencia, de existir, pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. El artículo 28 del Real Decreto 515/2005 contemplaba que los servicios sociales penitenciarios, a petición de la autoridad judicial, confeccionasen informes sociales que fueran tenidos en cuenta, entre otras materias, en el ámbito de la sustitución de las penas privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de las mentadas penas. El vigente Real Decreto 840/2011, de 17 de junio– que ha derogado el anteriormente mencionado– no contiene una disposición equivalente.

- el penado sea delincuente primario y haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, elementos inherentes al paradigma de resocialización o reinserción comunitaria<sup>63</sup>.



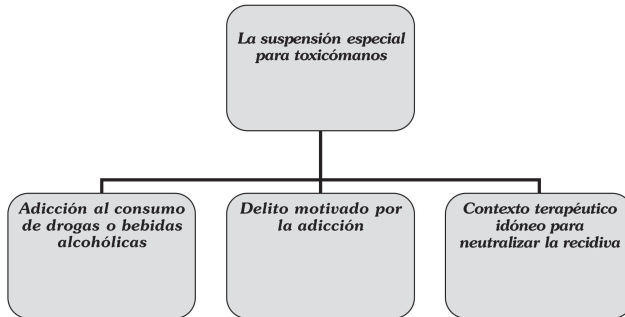
La suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad es factible, según establece el artículo 87CP, cuando concurren los siguientes requisitos:

- la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años, reacción jurídica conforme con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;
- el penado carezca de peligrosidad criminal o la misma, de existir, tenga su fuente exclusiva en la dependencia del condenado al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, exigencia vinculada al paradigma de protección de las víctimas dado que trata de contener riesgos de reincidencia mediante la constatación de la falta de peligrosidad criminal o la enervación de la fuente de peligrosidad criminal existente<sup>64</sup>;
- el condenado, que ha cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a alguna de las sustancias anteriormente referidas, presente un certificado suficiente, emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido

63. El artículo 81.3 CP configura como una de las condiciones necesarias para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la reparación del daño a las víctimas, salvo que el propio juzgador, tras oír al Ministerio Fiscal y a los interesados, declare la imposibilidad total o parcial de reparación por parte del condenado. La referencia a la imposibilidad total o parcial pone de manifiesto la concepción económica que el legislador tiene de la reparación, obviando que la reparación puede ser incluso simbólica, razón por la cual el victimario siempre puede hacer algo para reparar el daño. De esta forma se vincula la reparación a la capacidad económica del victimario y se diluye la valoración del esfuerzo del victimario para mejorar la situación de las víctimas, dificultando su consideración como criterio preventivo-especial.

64. Cuando el condenado sea reincidente establece el artículo 87.2 CP que el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Si las características del hecho delictivo cometido y las condiciones de su autor ponen de manifiesto que la drogodependencia constituye el factor criminógeno exclusivo o preferente, procederá la suspensión de la ejecución de la pena con contenido rehabilitador, dado que, en tal caso, no existe un menoscabo del paradigma de protección de las víctimas.

a tratamiento para tal fin. Para valorar la idoneidad de este extremo el juez o tribunal solicitará un informe del Médico forense<sup>65</sup>. Constituyen un conjunto de exigencias vinculadas al paradigma de resocialización en la medida que, garantizándose un tratamiento eficaz de la dependencia tóxica, se cercena de forma significativa un factor criminógeno de especial relieve. En otras palabras: en estos casos, el contexto terapéutico implementado, cualquiera que sea su modalidad asistencial, constituye un marco de contención eficaz del riesgo de reincidencia anudable a la adicción al consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o productos estupefacientes<sup>66</sup>.



Para dotar de contenido rehabilitador a la suspensión, en cualquiera de las modalidades referidas, el legislador ofrece al operador judicial un conjunto de herramientas jurídicas directamente encaminadas a evitar la producción de nuevas situaciones victimizantes. En concreto, pone en sus manos las denominadas reglas de conducta, recogidas en los artículos 83 y 87 CP.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con imposición de reglas de conducta constituye una vía de aproximación a la *probation* anglosajona que intensifica la orientación resocializadora de la pena suspendida<sup>67</sup>.

Las reglas de conducta constituyen específicos deberes u obligaciones que se imponen al condenado para su cumplimiento durante el período de suspensión de la ejecución

65. El Médico Forense elaborará, a instancias del juez o tribunal, un informe que se extenderá a los extremos referidos a la dependencia del consumo de sustancias tóxicas y la existencia de un tratamiento de deshabituación iniciado o culminado. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas", *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, p. 89.

66. La STC 222/2007, de 8 de octubre, tiene ocasión de reseñar, haciendo referencia al artículo 87 CP, que "A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas (...) se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/ consumidor– reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella".

67. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Formas substitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995", *Estudios Jurídicos en Memoria de Jose María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131. También J. CID MOLINÉ, *La elección...*, cit, pp. 79 y ss.

de la pena privativa de libertad<sup>68</sup>. Las reglas de conducta, por lo tanto, sirven para crear las condiciones precisas para la disminución del riesgo de comisión de nuevos delitos y la promoción de circunstancias díficiles para la reintegración comunitaria del infractor. Con esta finalidad común cabe diferenciar cuatro tipos de reglas de conducta<sup>69</sup>. A saber:

- las que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir (prohibiciones de aproximación y comunicación con las víctimas y prohibición de acudir a determinados lugares);
- las que persiguen garantizar un contacto del penado con las instituciones (obligación de comparecencia ante el juzgado o tribunal o servicios de la Administración, para informar de sus actividades y justificarlas y prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida);
- las que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales u otros similares, o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado);
- las que pretenden neutralizar el factor criminógeno (en el caso de la suspensión especial, la falta de abandono del tratamiento de deshabitación<sup>70</sup> durante el período de suspensión<sup>71</sup>).

---

68. El plazo de suspensión de la ejecución de la pena de prisión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves. El plazo suspensivo, dentro del marco legal, se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendiendo a las circunstancias personales del victimario, las características del hecho y la duración de la pena impuesta. Así lo estipula el artículo 80.2 CP.

69. R. GARCÍA ALBERO, J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 101.

70. En el ámbito de la Salud Pública conviven las estrategias de rehabilitación, centradas en la desintoxicación, con los programas de “reducción de riesgos y daños”, que pretenden tutelar la salud de las personas consumidoras de drogas. Su finalidad se centra en minimizar los efectos primarios relacionados con los abusos de sustancias psicoactivas, reducir los costos y daños secundarios generados por el consumo y disminuir la inserción en la adicción. Responden a una política preventiva que aspira a la reducción de los delitos cuya comisión tiene que ver con el consumo de drogas ilegales por parte del autor, fundamentada en la disminución de las oportunidades de delinquir. En el plano asistencial, la política de reducción de riesgos está orientada a minimizar el potencial efecto negativo del uso de drogas, mientras la política de reducción de daños tiene como objetivo la minoración de las consecuencias negativas derivadas del uso de drogas para el individuo consumidor y la comunidad en la que se inscribe. Un análisis de su contenido, J.A. del CERRO ESTEBAN, “Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 10-14 y X. ARANA, I. GERMÁN, “Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 153-195. En relación a la difícil convivencia entre la política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, J. MUÑOZ SÁNCHEZ, “Problemas legales de las políticas de reducción de daños”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 45 y 46. Una aplicación estricta del principio de coherencia en la actuación de los poderes públicos, que abarque los planos preventivos, asistenciales y reactivos, justificaría realizar una exégesis amplia del término tratamiento de deshabitación, en aras a posibilitar la inserción en su ámbito de las estrategias de mantenimiento o sustitución –el caso paradigmático es el programa de metadona– y de los programas de reducción de daños.

71. El periodo de suspensión oscila entre los tres y los cinco años. Para fiscalizar el cumplimiento de la condición rehabilitadora se establece la obligación del centro o servicio responsable del tratamiento de facilitar al juez o tribunal sentenciador la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento, su evolu-

El incumplimiento de las reglas de conducta permitirá, previa audiencia de las partes, la sustitución judicial por otras reglas o la prórroga del plazo de suspensión sin que, en este último caso, la duración total exceda de los cinco años (artículo 84.2 a y b CP). La reiteración en el incumplimiento justificará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.2 c CP), lo que conlleva la ejecución de la pena suspendida (artículo 85.1 CP).

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el incumplimiento de la regla de conducta, aun no siendo reiterado, conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En el seno de los delitos relacionados con la violencia de género<sup>72</sup> (una de las modalidades de victimación familiar), la infracción por el victimario de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con las víctimas, (deberes de imposición obligatoria en este tipo de victimación), determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.3 CP<sup>73</sup>).

En el ámbito de la suspensión especial, el incumplimiento de la obligación de seguimiento del tratamiento de deshabitación conllevará la revocación de la suspensión (artículo 87.5 párrafo primero CP). Si transcurrido el plazo de suspensión no se ha acreditado la deshabitación del penado, se ordenará el cumplimiento de la pena de prisión de ejecución suspendida, salvo que el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento. En este último supuesto podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (artículo 87.5 párrafo segundo CP).

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin que el sujeto haya delinquirido y, cumplidas, en su caso, las reglas de conductas fijadas por el juez o tribunal, se acordará judicialmente la remisión de la pena (artículo 85.2 en relación con el artículo 87.5, ambos del CP).

La diversidad de opciones normativas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión contrasta con una praxis judicial caracterizada por el automatismo en su concesión y la ausencia de verdadero contenido en su ejecución<sup>74</sup>. La verificación

---

ción, las modificaciones que puede experimentar así como su finalización. Esta información se suministrará en los plazos que reseñe el juez o tribunal sentenciador y, en todo caso, de forma anual.

72. En el tratamiento jurídico de la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, PEREZ-OLLEROS distingue entre la violencia de género, por una parte, y la violencia doméstica y asistencial, por otra. F.J. PÉREZ-OLLEROS, "Cuestiones y respuestas sobre la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *La Ley*, 6273, 2005, pp. 6 y 7.

73. El legislador, con una opción político criminal que no deja margen de maniobra para la ponderación judicial, estima que el incumplimiento de estas específicas reglas de conducta conlleva un riesgo de recidiva que únicamente puede ser neutralizado mediante la ejecución penitenciaria de la pena de prisión. Más ampliamente, I.J. SUBIJANA, "La igualdad en..." *cit.* pp. 1-24.

74. Fundadamente crítico se muestra al respecto TAMARIT SUMALLA quien refiere que a menudo el propio juez tiene una insuficiente conciencia del papel que ejerce en un sistema en que las normas jurídicas relativas a la imposición y la ejecución de las sanciones penales constituyen manifestaciones específicas de una discrecionalidad jurídica en la que los operadores judiciales están llamados a efectuar una tarea de desarrollo y concreción del Derecho. J.M. TAMARIT SUMALLA, "Sistema de Sanciones...", *cit.*, pp. 4-5. M. POZA CISNEROS, "Las nuevas tecnologías en el ámbito penal", *Revista del Poder Judicial*, 65, 2002, p. 111.



de la presencia de los requisitos normativos imperativos y la intuición respecto a la prognosis de comportamiento criminal futuro fundamental, en la mayoría de las ocasiones, una decisión judicial; lejanas se encuentran todavía las aportaciones científicas que permitan conferir cuerpo argumental a conceptos –como la peligrosidad criminal– de indudable contenido criminológico<sup>75</sup>.

### 3.2.3. La sustitución de las penas privativas de libertad

El artículo 88.1 CP estipula que los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o, posteriormente, en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. Como novedad de la LO/2010, se contempla que, en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también se podrá sustituir por la pena de localización permanente<sup>76</sup>. Las mencionadas sustituciones se permiten aunque el delito cometido no contemple estas penas<sup>77</sup> y se fundará en las circunstancias personales del reo<sup>78</sup>, la naturaleza del hecho<sup>79</sup>, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño<sup>80</sup> así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales<sup>81</sup>.

Excepcionalmente podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable

---

75. J. CID MOLINÉ, haciéndose eco de la reflexión de SANZ MORÁN, indica que el método intuitivo es el que predomina en la práctica judicial para la predicción de la peligrosidad criminal. J. CID MOLINÉ, *La elección...*, cit, pp. 65-66.

76. La localización permanente se prevé, además de como una pena autónoma en las faltas, como una pena sustitutiva de las penas de prisión que no excedan de seis meses (artículo 88.1CP). La regla general es que su cumplimiento tenga lugar en el domicilio o lugar fijado por el Juez con la utilización, en su caso, de medios mecánicos o electrónicos que permitan su localización (artículos 37.1 y 4 CP). Como regla especial se prevé su cumplimiento en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del penado los sábados, domingos y días festivos siempre que concurren cuatro requisitos: la pena esté prevista como pena principal, lo prevea el precepto aplicable, exista una reiteración en la comisión de la infracción y lo decida el Juez (artículo 37.1 CP).

77. La regla de conversión legal es la siguiente: cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por día de localización permanente.

78. Inequívoca referencia a la existencia de un contexto– integrado por variables de crecimiento personal, vinculación familiar e inserción laboral y social– que posibilite un proyecto vital en libertad sin delinquir.

79. Mención a las razones de prevención general articuladas en torno al mensaje de reafirmación del valor de la norma penal como pauta válida de convivencia social.

80. Es un factor de inserción social constructiva muy potente que el penado restañe el daño causado pues, de esta manera, además de restaurar lo causado por él, reconoce la validez de la norma penal como instrumento de protección de bienes jurídicos. Así, P. GALAIN, *La reparación de daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 333.

81. Define el artículo 94 CP los reos habituales como aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 CP y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

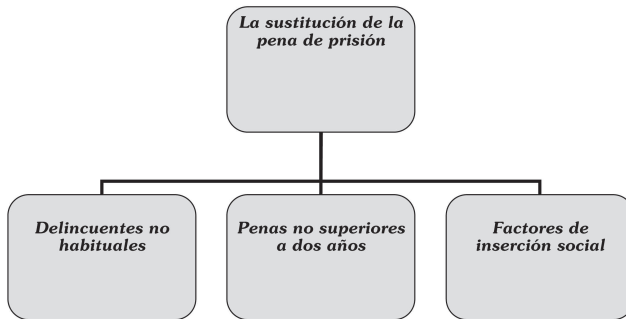


se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social<sup>82</sup>.

La sustitución, en cualquiera de los dos casos mencionados, permite la imposición de una o varias de las reglas de conducta pergeñadas en el artículo 83 CP por tiempo que no exceda de la duración de la pena sustituida, siempre y cuando no se hayan establecido como penas en la sentencia.

En el caso de comisión de un delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la pena de prisión se realizará por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>83</sup> y conllevará la imposición de tres reglas de conducta:

- prohibición de acudir a determinados lugares;
- prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos;
- sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.



La sustitución de la pena de prisión también está presidida por los paradigmas de adecuación a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y

82. Lo excepcional de esta sustitución debe vincularse al surgimiento de lo que la Criminología del desarrollo denomina narrativa del cambio. Es decir, la modificación de los factores personales– tratamiento de distorsiones cognitivas o adicciones, gestión eficaz de las emociones vinculadas a la frustración– o relacionales –aparición o reforzamiento de vínculos familiares, introducción en el espacio laboral– que actuaban como potenciales y eficaces factores criminógenos. Este esquema reactivo tiene como premisa el modelo del triple riesgo delictivo que sugiere que el riesgo delictivo de una persona depende de la interacción y la combinación de tres fuentes etiológicas diferenciadas: las disposiciones y las capacidades personales; el apoyo prosocial recibido y las oportunidades para el delito. S. REDONDO ILLESCAS, "Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 7, Número 6, 2008, p. 9.

83. Se excluye la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa para evitar que el pago de la multa, al suponer un detrimento del patrimonio del condenado, repercuta negativamente en las víctimas que dependan económicamente del obligado al pago. J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

reintegración comunitaria del victimario. Su limitación a penas privativas de libertad que, en todo caso, no excedan de dos años constituye una aplicación concreta del paradigma de adecuación de la intensidad respuesta a la significación antijurídica del hecho. La contemplación del esfuerzo para reparar el daño como un criterio jurídico de la sustitución y la implementación de reglas de conducta para reducir las posibilidades de comisión de nuevos delitos y consiguiente creación de nuevas víctimas supone una plasmación del paradigma de protección de las víctimas. La introducción de la frustración de los fines de prevención y reinserción social como el objetivo jurídico que permite la sustitución de penas de prisión de duración superior a un año e inferior a dos, conlleva un reconocimiento del paradigma de reintegración comunitaria.

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la sustitución de la pena de la misma naturaleza permite constatar que, en muchas ocasiones, el juzgador, ante unas mismas circunstancias factuales y normativas, puede acudir a una y otra institución<sup>84</sup>. A falta de criterios normativos explícitos para justificar la opción jurisdiccional, (situación difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad<sup>85</sup>), en aquellos casos en los que se encuentran presenten las notas que permitan la incardinación del supuesto sujeto a la decisión jurisdiccional en las normas reguladoras de la suspensión y la sustitución<sup>86</sup>, son las necesidades preventivas –generales y especiales– las que determinan la idoneidad de acudir a una inejecución condicionada o a una ejecución sustitutiva. En otras palabras: procederá acudir al remedio jurídico que, de la manera menos aflictiva, permite contener de la forma más eficaz el riesgo de reincidencia (interés comunitario), asistir, proteger y reparar a la víctima (interés de la víctima) y rehabilitar al infractor (interés del penado). Si se opta por la sustitución, la elección de la pena sustitutiva atenderá, por una parte, a las alternativas legales existentes –disímiles en atención a la clase de injusto cometida y a la duración de la pena impuesta–, por otra, a la existencia de un consentimiento del penado que abarque a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad –esta pena, ex artículo 49 CP, no puede imponerse sin el consentimiento del penado– y, finalmente, por otra, a las específicas necesidades de reinserción social del obligado al cumplimiento.

El incumplimiento de la pena sustitutiva<sup>87</sup> conllevará la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando la parte de tiempo al que equivalgan las cuotas satisfechas –si se trata de la pena de multa– las jornadas de trabajo realizadas –si es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad– o los días cumplidos– si se trata de la pena de localización permanente.

---

84. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, cit, pp. 281 y 309.

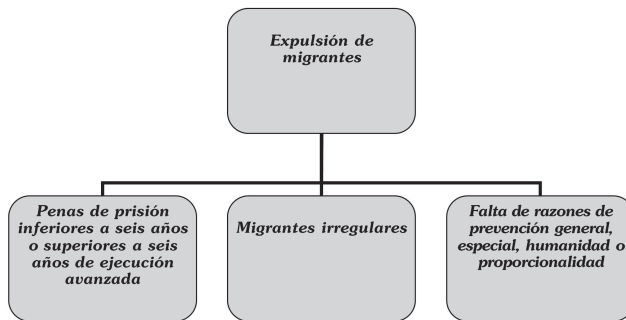
85. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, p. 281.

86. Ello no acaecerá cuando el condenado sea delincuente primario, pues, en tal caso, únicamente cabe la sustitución.

87. No se contemplan las consecuencias que se asignan al incumplimiento de las reglas o deberes de conducta impuestas por el Juez o Tribunal. No cabe entender que se produce el incumplimiento de la pena sustitutiva pues ello conllevaría conferir, en perjuicio del penado, a los términos empleados por el legislador una significación que va más allá del tenor literal posible, lo que constituye una aplicación analógica prohibida por el artículo 4.1 CP. En el sentido del texto, M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 88” en *Comentarios al...cit.*, p. 733.

### 3.2.4. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión de los migrantes irregulares

Desde el CP 1995 la legislación positiva conoce un nuevo sujeto destinatario de una respuesta punitiva específica: el extranjero no residente legalmente en España<sup>88</sup>. Primero de forma potestativa<sup>89</sup> y, ulteriormente, a partir de la LO 11/2003, de forma imperativa<sup>90</sup>, el artículo 89.1, en la redacción conferida por la LO 5/2010, determina que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión, en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.



88. La Criminología de la alteridad o “del otro” ha construido sobre el migrante una categoría de sujeto potencialmente incardinable en narrativas de riesgo dado que aparece en el discurso público, de forma explícita o de manera más taimada, como responsable del desorden público y la inseguridad ciudadana. En este sentido, se han identificado hasta cinco prejuicios negativos sobre los migrantes que justifican su consideración como responsables de los plurales males sociales. A saber: el mito del migrante invasor del territorio propio; el mito del migrante delincuente; el mito de los migrantes como responsables del desempleo creciente o de la reducción significativa de los salarios; el mito del migrante como consumidor voraz de las ayudas, y, finalmente, el mito del migrante como inadaptado social. Así, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 25 y ss. y M. PAJARES, *Inmigración y mercado de trabajo*. Informe 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 135 y ss.

89. El artículo 89.1 CP, en su versión original, establecía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que se haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

90. El artículo 89.1 CP, tras la reforma operada por la LO 11/2003, establecía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

El precepto es tributario de la denominada administrativización del Derecho Penal, en la medida que, ayuno de todo referente político criminal (es decir, de principios que se anuden a los objetivos preventivos de la intervención penal), persigue, únicamente, reforzar la política de fronteras mediante la exclusión de quien no reside legalmente en España<sup>91</sup>. En otras palabras: lo significativo no es que se cometa un delito –pues la expulsión no es un efecto derivado de la comisión de un ilícito penal– sino una circunstancia exógena al injusto culpable cometido: que quien lo cometa sea una persona extranjera que no resida legalmente en España –que es lo que determina que deba ser expulsado–. De ahí que, en el plano doctrinal, se haya defendido que el artículo 89 CP es la muestra de una inadmisiblemente instrumentalización del Derecho Penal al servicio de las políticas migratorias<sup>92</sup>.

Una apuesta por la autonomía del Derecho Penal –es decir, un reconocimiento de su valor intrínseco– exige ubicar en el plano exegético la potenciación de los criterios teleológicos que vinculan la expulsión –como reacción jurídica impuesta por un juez del orden penal– al cumplimiento de las finalidades propias de toda sanción penal: la reafirmación normativa, la prevención general disuasoria y la prevención especial resocializadora<sup>93</sup>.

Tal y como ha quedado referido el universo subjetivo de la expulsión lo constituyen los extranjeros no residentes legalmente en España. Se trata de los migrantes irregulares<sup>94</sup>, es decir, aquellos que carezcan de autorización de residencia –temporal o de larga duración, artículos 30 bs y ss. LOEx– o de estancia (artículo 30 LOEx). Respeto a los mismos el artículo 89.1 CP estipula que las penas privativas de libertad

---

91. Esta exclusión responde a un comunitarismo defensivo que, frente a la visión universalista que estructura la pertenencia en torno al sujeto o la persona igual en derechos, estima que el sentido de pertenencia se construye en torno a la identidad, lo que legitima la expulsión del distinto. A. TOURAIN, *Después de la crisis*, Paidós, Madrid, 2011, pp. 93 y 116. Por lo tanto, las políticas públicas de rechazo al migrante obedecen tratan de calmar la angustia generada por lo que se siente como una pérdida de posición en el sistema social de especial importancia cuando se vive una situación de profunda crisis económica. E. MORIN, *La vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, Barcelona, 2011, p. 70.

92. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *cit.* p. 692; RODRÍGUEZ MESA, “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en Pérez Alvarez (ed.), *Serta in Memoriam Alenxandri Barratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p.p. 859 y ss.; SOUTO GARCÍA, *cit.* p. 313 y TERRADILLOS BASOCO, “Inmigrantes, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en Faraldo Cabana (dir.), *Puente Aba y Souto García (coords.)*, *cit.* pp. 276 y ss.

93. Un fundamento político criminal compatible con los principios del sistema penal de un Estado de Derecho precisa que toda reacción penal responda a finalidades de prevención general, anclados en la reafirmación normativa, y a objetivos de prevención especial, estructurados en torno a funciones resocializadoras. Ajenos a esta concepción se encuentran fines como la incapacitación o segregación del migrante condenado, la utilización de la sanción penal como un instrumento de refuerzo de la política de fronteras y, finalmente, el empleo de la expulsión como un medio de reducir la población carcelaria extranjera.

94. Consideramos muy atinada las observaciones de BRANDARIZ referidas al empleo de la expresión migrante irregular para referirse al extranjero que no reside legalmente en España. La opción migrante es preferible a la de inmigrante e emigrante dado que centra su perspectiva de análisis en el sujeto, definiéndolo por su movilidad, frente a las otras expresiones que se aproximan a esta realidad colocando el centro neurálgico de la valoración en el Estado al que se llega o del que se parte. La mención a la irregularidad deja constancia de que los seres humanos no son “ilegales” sino que, más bien, pueden encontrarse, conforme a determinados parámetros definidos por la legislación de fronteras, en un contexto de residencia irregular. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 6-7.

inferiores a seis años les serán sustituidas por la expulsión del territorio nacional. Esta obligatoriedad presenta dos excepciones, una de naturaleza normativa y otra de orden jurisdiccional. En el plano normativo, el artículo 89.7 CP dispone que la expulsión no será de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a los que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código. Por lo tanto, se excluye de la expulsión a los extranjeros condenados por delitos relacionados con las migraciones irregulares: las infracciones contra los derechos de los trabajadores vinculados al tráfico ilegal de mano de obra o a fenómenos migratorios (artículos 312 y 313 CP), y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP)<sup>95</sup>. En el orden jurisdiccional el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada puede rechazar la sustitución<sup>96</sup> si aprecia razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Entre las mismas cabe destacar las siguientes: que la naturaleza del delito justifique que la reafirmación normativa –prevención general positiva– y la disuasión de la motivación delictiva –prevención general negativa– únicamente se cumpla con la ejecución de la pena privativa de libertad; que las circunstancias personales del penado– su arraigo social, su específica situación familiar o la existencia de menores dependientes– permita concluir que la expulsión conlleva una injerencia intolerable en el derecho a la vida privada y familiar del penado al ostentar un perfil hondamente excluyente y desocializador<sup>97</sup>; que la expulsión frustre de forma definitiva el derecho a la reparación de la víctima; que existan riesgos definidos de que la persona expulsada pueda ser sometida a torturas o tratos degradantes en su país de origen, y, finalmente, que, atendiendo al grado de cumplimiento de la privación de libertad– por haber sufrido, por ejemplo, la prisión provisional como medida cautelar– la acumulación sucesiva de la ejecución parcial de la pena de prisión y la medida de expulsión provoque que la respuesta sancionadora incurra en desproporción por incurrir en la prohibición de exceso punitivo<sup>98</sup>. Por lo tanto, la denegación jurisdiccional de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión puede descansar en

---

95. En estos delitos suelen darse modalidades de delincuencia internacional en los que la expulsión es un riesgo mínimo asumible por los responsables, quienes, una vez expulsados, pueden seguir cometiendo los mismos delitos desde otro país. M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 89” en *Comentarios*, cit. p. 740.

96. Que en todo caso debe ser solicitada por la acusación, tal y como explicita la STS 791/2010, de 28 de septiembre.

97. Las SSTS 901/2004, de 8 de julio, 906/2005, de 17 de mayo y 498/2009, de 30 de abril, entre otras muchas, argumentan que es preciso realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado.

98. Las SSTC 145/2006, de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo, entendieron que la acumulación de una pena de prisión parcialmente cumplida y de una expulsión supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva-artículo 24.1 CE– al obedecer a una interpretación no razonable del artículo 89 CP. Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que si, por falta de medios, la expulsión no puede llevarse a cabo en el momento de inicio del cumplimiento de la pena, tampoco podrá hacerse más adelante, cuando se haya cumplido una parte relevante de ella, pues esto supondría una infracción del principio *non bis in idem*. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Las Rozas, 2007, pp. 684 y ss.

razones de prevención general, de prevención especial, de protección de las víctimas o de respeto al principio de proporcionalidad punitiva<sup>99</sup>.

Además de en la sentencia, puede acordarse la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en un auto motivado posterior (artículo 89.1 CP). La autonomía del Derecho Penal exige que todos los elementos que configuran el hecho que determina la sanción penal se produzcan en el momento de su comisión. Es decir, que tanto los elementos que integran el injusto penal –los que justifican la imposición de la pena de prisión inferior a seis años– como los que delimitan la irregularidad del migrante– que legitiman la sustitución de la pena de prisión por la expulsión– deben estar presentes en el momento de la comisión del hecho. Y ello con independencia de que la sustitución se acuerde en la sentencia o en un auto de ejecución. Por lo tanto, no cabe la expulsión penal del migrante que siendo su situación regular en el momento de la comisión del hecho delictivo deviene la misma irregular en el momento de la sentencia o de su ejecución<sup>100</sup>. Ahora bien, si con posterioridad a la fecha de comisión del hecho el migrante –de residencia irregular en tal momento– adquiere la residencia regular, no será factible la expulsión, dado el carácter unitario del orden jurídico y la significación de *última ratio* del Derecho Penal<sup>101</sup>.

La expulsión conlleva una prohibición de regreso a España que oscila entre los cinco y los diez años desde la expulsión. Será, por tanto, el Juez o Tribunal quien fije el tiempo de la prohibición de regreso, atendiendo, según dispone el artículo 89.2 CP, a la duración de la pena de prisión –razones de prevención general– y las circunstancias personales del penado –razones de prevención especial–. De esta forma se atenúan, si desaparecer del todo, las severas dudas de compatibilidad con el principio

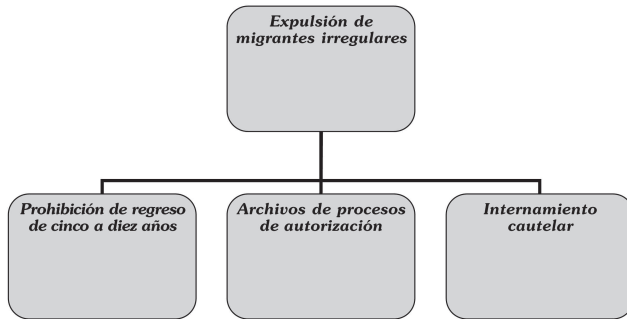
---

99. El principio de proporcionalidad punitiva resulta severamente cuestionado cuando se plantea que el penado sea expulsado cuando acceda al tercer grado penitenciario o cumpla las tres cuartas partes de la condena, tal y como dispone el artículo 89.5 CP. En este precepto el legislador ha determinado que, sea cual fuere la duración del pena de prisión impuesta, la expulsión ha de producirse en una fase avanzada de la ejecución. Por ello se ha resaltado que esta modalidad de expulsión tiene que acordarse con todas las cautelas necesarias para evitar que constituya un ejercicio *ne bis in idem* prohibido. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit., p. 205. Tal y como establece la STS 949/2009, de 28 de septiembre, no parece muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber cumplido el período más importante de la pena privativa de libertad, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida aflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

100. En tal sentido, BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit. p. 177. En sentido contrario, M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 89” en *Comentarios... cit.* p. 738.

101. Sería contrario a tales principios que lo que no es factible en el Derecho Administrativo Sancionador –expulsar a quien tiene una residencia o estancia regular– sea posible en el Derecho Penal. En el sentido del texto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Artículo 89”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, Valladolid, p. 402; BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit. p. 178. Como afirma Díez Ripollés el principio de unidad del ordenamiento jurídico es un efecto derivado de los principios de intervención mínima y edificación de los ilícitos penales sobre los ilícitos no penales, lo que justifica concluir que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes en el plano valorativo, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos concernidos en lo atinente a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. J.L. Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2º edición, 2011, pp. 111-112.

de proporcionalidad que se derivaban de la imposición imperativa, antes de la última reforma, de un plazo de prohibición de regreso de diez años, cualquiera que fuera la duración de la pena de prisión sustituida y, consecuentemente, la gravedad del injusto cometido<sup>102</sup>.



De forma complementaria, el artículo 89.3 CP dispone que la expulsión provocará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviese por objeto la autorización de residencia o de trabajo. Además, y como específica novedad, el artículo 89.6 CP establece que en los casos en que, habiéndose acordado la expulsión, el migrante condenado no esté o no quede privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el órgano sentenciador puede disponer su ingreso en un centro de internamiento, a los efectos de asegurar su expulsión. Se vuelve a producir una penetración de instituciones administrativas en el orden penal, provocando que el internamiento sea, además de una medida cautelar que se puede adoptar en un procedimiento administrativo sancionador, un recurso jurídico que puede implementarse en un proceso penal para garantizar un espacio de privación de libertad de estricto aseguramiento.

El regreso antes del cumplimiento del período de expulsión conllevará la expulsión por la autoridad gubernativa, si fuera sorprendido en la frontera, o el cumplimiento de la pena sustituida, si no fuera así, según dispone el artículo 89.4 CP.

Si no se acuerda la expulsión o, acordada ésta, no fuere factible ejecutar la misma, el migrante condenado queda sujeto al régimen general de los condenados a una pena de prisión. A saber: su ejecución penitenciaria, su inexecución condicionada o su sustitución por una pena no privativa de libertad. Si bien el artículo 89.6 CP limita esta respuesta a los supuestos en los que no puede llevarse a efecto la expulsión acordada en

102. CUGAT MAURI, "La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 CP)", en Quintero Oliveros (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 104; DAUNIS RODRÍGUEZ, *cit.* p. 245; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *cit.* 404; SOUTO GARCÍA, "Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión" en Faraldo Cabana, *Derecho Penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 310.

sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, la misma respuesta merecen los casos en los que el Juez o Tribunal aprecie razones para no sustituir la pena de prisión por la expulsión, dado que, en tal caso, procede la aplicación del régimen general de ejecución de la pena de prisión– que prevé las tres modalidades ejecutivas antedichas– sin que sea obstáculo para ello la dicción literal del artículo 89.1 CP<sup>103</sup>.

---

103. Así BRANDARIZ GARCÍA, *El Sistema Penal*, cit. p. 207; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *Protección*, cit. p. 680; ENCINAR DEL POZO, “Extranjeros y prisión: valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal”, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, 2006, pp. 296 y ss.



## LAS VIOLENCIAS URBANAS EN FRANCIA

Eguzki URTEAGA\*

*Departamento de Sociología  
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

**Resumen:** Este artículo aborda la cuestión de las violencias urbanas en Francia a través de sus características y causas. Empezando por el análisis de la delincuencia juvenil, pone de manifiesto el desarrollo de las “incivilidades” y del “negocio” ilícito en los barrios desfavorecidos, la vuelta del fenómeno de las pandillas así como la violencia anti-institucional. Estas tendencias son ilustradas por los disturbios del otoño de 2005 que han tenido un eco internacional a través de los medios de comunicación. Un estudio más detenido de estos motines permite dar cuenta de la morfología del motín, sus factores desencadenantes, la naturaleza urbana, social o étnica de estos disturbios, así como su despolitización aparente. Pero, conviene explicar tanto la delincuencia como las violencias urbanas. Estos fenómenos multiformes resultan tanto del conformismo cultural, de la crisis del control social, del incremento de la frustración, del rol de la familia, de la segregación urbana como de la cultura de ghetto.

**Laburpena:** Artikulu honek Frantziako hirietako indarkeriaren gaia lantzen du, gaiaren ezaugarrien eta zergati bidez. Hasteko, gazte-delinquentzia aztertzen du, eta, ondoren, honako gai hauek lantzen ditu: auzo behartsuetako “gizalegerik ezaren” eta legez kontrako “negozioen” garapena, gaizkile-taldeen fenomenoaren itzulera eta erakundeen aurkako indarkeria. Hala ere, delinquentzia nahiz hiriko indarkeriak azaltzea komeni da. Forma askotako fenomeno horiek kultura-konformismoaren, gizarte-kontrolaren krisiaren, frustrazioa handitzearen, familiaren eginkizunaren, hiri-segregazioaren eta ghettoaren kulturaren ondorioak dira.

**Résumé :** Cet article aborde la violence urbaine en France, ces caractéristiques et ces causes. À partir de l’analyse de la délinquance juvénile, il est montré le développement des « incivilités » et des « affaires » illicites dans les quartiers plus défavorisés, le retour du phénomène des gangs, ainsi que la violence anti-institutionnelle. Mais, il faut expliquer le crime et la violence urbaine. Ces phénomènes multiformes apparaissent comme conséquence du conformisme culturel, de la crise de contrôle social, de l’accroissement de la frustration, du rôle de la famille, de la ségrégation et de la culture du ghetto.

**Summary:** This article analyses the question of the urban violence in France with his characteristics and reasons. Beginning by the analysis of the juvenile delinquency, it reveals the development of the “incivilities” and of the illicit “business” in the disadvantaged neighborhoods, the return of the phenomenon of the gangs as well as the anti-institutional violence. These trends are illustrated by the autumns disturbances of 2005 that have had an international echo in the mass media. A study of these riots reveal the morphology of the riot, his trigger factors, the urban, social or ethnic nature of these disturbances, as well as his apparent depolitization. But, it is necessary to explain both the delinquency and the urban violence. These phenomena turn around the cultural conformity, the crisis of social control, the increase of the frustration, the role of the family, the urban segregation and the culture of ghetto.

---

\* Investigador en el Centro de investigación IKER, laboratorio asociado al CNRS francés. Director de Colección en la editorial de Paris Mare et Martin y Vice-Presidente de la Sociedad de Estudios Vascos.

**Palabras clave:** violencias urbanas, delincuencia, disturbios, Francia.

**Gako-hitzak:** hiriko indarkeriak, delinkuentzia, istiluak, Frantzia.

**Mots cles :** violence urbaine, delinquance, tumultes, France.

**Key words:** urban violence, delinquency, disturbances, France.

## 0. INTRODUCCIÓN

Mientras que la violencia criminal ha declinado regularmente desde el siglo XIX, el último cuarto del siglo XX conoce una multiplicación de las violencias de todo tipo susceptibles de afectar a la integridad física de las personas. El número de delitos para todo el territorio francés se ha multiplicado por cuatro a lo largo de los últimos cincuenta años<sup>1</sup>. Paralelamente, los desordenes urbanos y la irrupción de los disturbios a lo largo de los años 1980 parece dar cuenta de un reciente auge de la violencia en las ciudades. La noción de “violencias urbanas” sirve menos para designar una ciudad en su conjunto que para circunscribir las violencias a los barrios desfavorecidos, donde se difunden supuestamente, y conciernen prioritariamente a los jóvenes. Sea cual sea su escaso valor científico, esta noción de violencias urbanas traduce a la vez el incremento del ostracismo hacia estos barrios así como la realidad de una serie de conductas violentas y heterogéneas.

Pueden distinguirse cuatro características más o menos específicas a la situación contemporánea de estos barrios: un endurecimiento de la violencia física entre los propios jóvenes, el enraizamiento de una economía informal vinculada a la difusión de las drogas, el desarrollo de las violencias anti-institucionales, y la aparición y posterior institucionalización de los disturbios urbanos.

## 1. LAS DELINCUENCIAS JUVENILES

### 1.1. El desarrollo de las “incivildades”

De manera general, es poco cuestionable que la delincuencia juvenil aumenta significativamente desde los años 1960, además de conocer un rejuvenecimiento. Desde este periodo, el número de menores detenidos por la policía no deja de aumentar. En Francia, mientras que eran 50.000 en 1965, son más de 175.000 en 2002. Más allá de los daños materiales que constituyen la parte fundamental de las infracciones, son las “incivildades” de los jóvenes las que dominan la percepción de los problemas de la vida diaria en los barrios<sup>2</sup>. Las “incivildades” no dañan físicamente a las personas, pero no respetan las reglas básicas de la vida en sociedad. Introducen una ruptura en los mecanismos de la comunicación y degradan, de ese modo, la tranquilidad del orden público: insultos, amenazas, actitudes provocativas e irrespetuosas, alboroto y disturbios en el vecindario, así como deterioro de edificios públicos, incidentes en los transportes públicos. En la medida en que las “incivildades” no tienen ninguna definición precisa a nivel jurídico, escapan parcialmente al derecho penal clásico. Producen

1. ROBERT, P. (1999), *Le citoyen, le crime et l'Etat*. Genève-Paris: Droz.

2. ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.

a largo plazo unas condiciones de vida percibidas por los adultos como intolerables y nutren la sensación de una demisión de los poderes públicos. El incremento de la sensación de inseguridad es un indicio del deterioro de la calidad de vida en los barrios. Hoy en día, la probabilidad de ser víctima de un acto de violencia es dos veces superior cuando se vive en un barrio pobre que cuando se reside en un barrio rico.

Pueden distinguirse dos tipos de delincuencia<sup>3</sup>. El primer tipo reúne las conductas consideradas como “expresivas”, en el sentido de que no aspiran a un beneficio material (peleas colectivas, enfrentamientos con la policía, etc.), mientras que el segundo tipo de delincuencia denominada “de apropiación” reúne las conductas que aspiran a un beneficio económico (robo, venta de drogas, etc.). Desde el final de los años 1980, los jóvenes están cada vez más preocupados por unos asuntos de violencia física que no han provocado la muerte. Entre los menores, se observa una progresión modesta de las detenciones por robo y un fuerte incremento de las imputaciones por agresiones físicas y por violaciones. Como lo escribe Lagrange: “las violencias y la delincuencia expresiva se extienden y se desvinculan de la delincuencia de apropiación”. No en vano, esta violencia interpersonal se concentra en los barrios pobres de la periferia, y los jóvenes son los principales autores así como las principales víctimas. Se observa un endurecimiento de la violencia física entre los jóvenes de estos barrios. No obstante, las agresiones físicas, aunque más frecuentes, son todavía minoritarias en la sociedad gala. Los comportamientos delictivos se ejercen fundamentalmente contra los bienes materiales.

## 1.2. El “negocio” de los barrios

Con el deterioro de la situación económica, se ha enraizado en los barrios pobres una economía paralela vinculada a la difusión de las drogas. El consumo de cannabis, que se ha incrementado notablemente a lo largo de los últimos veinte años, es uno de los datos más significativos de la evolución de las conductas juveniles. No en vano, este consumo es más habitual entre jóvenes pertenecientes a las clases medias y altas que entre los de categorías desfavorecidas. De hecho, la lucha contra las drogas realiza una selección social que perjudica más notablemente a los jóvenes de los barrios populares<sup>4</sup>. Las estadísticas criminales muestran que los consumidores de drogas viven sobre todo en los barrios favorecidos, mientras que los barrios pobres se caracterizan ante todo por el negocio y las violencias físicas. Para algunos sociólogos, esta economía de las drogas introduce en los barrios de hábitat social un nuevo modo de regulación social y no ofrece solamente un sustituto a la debilidad de los recursos sino que se convierte en un modo de vida específico<sup>5</sup>. Para otros, el tráfico ilícito se habría desarrollado sobre todo allá donde ya existía una tradición de economía ilegal<sup>6</sup>. Las especificidades locales pueden así resultar determinantes para la explicación de los fenómenos de delincuencia.

---

3. LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.

4. MONJARDET, D. (1996), *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*. Paris: La Découverte.

5. JAZOULI, A. (1992), *Une saison en banlieue*. Paris: Plon.

BEGAG, A. y DELORME, C. (1994), *Quartiers sensibles*. Paris: Seuil.

6. DUPREZ, D. y KOKOREFF, M. (2000), *Les mondes de la drogue*. Paris: Odile Jacob.

El negocio no se fundamenta únicamente en las drogas, sino que se extiende igualmente a una serie de productos provenientes del robo y de la receptación. Así, existen unos pequeños grupos que se implican en estas conductas delictivas. El camello sale de la dificultad y deja de estar encerrado en el barrio, puesto que su actividad necesita una doble competencia de movilidad y de invisibilidad<sup>7</sup>. El compromiso en el negocio significa para los jóvenes la voluntad de asumirse. Estos jóvenes se identifican al modelo del emprendedor liberal y perpetúan la mitología del *self made man* en una sociedad de competencia exacerbada. Ser camello significa, no solamente ganarse la vida, sino también ser una persona respetada en el barrio. Los camellos ostentan así su riqueza y ejercen una influencia sobre ciertos aspectos de la vida de los barrios. A este nivel, el tráfico genera a la vez una lógica del cabecilla y un sistema de solidaridad, una cierta paz social y diversas violencias<sup>8</sup>. En realidad, a corto plazo, la organización de los tráfico induce una forma de control social que hace disminuir las violencias visibles. A largo plazo, el incremento de los tráfico se acompaña casi siempre de un resurgimiento de graves violencias. El vínculo entre tráfico de drogas y violencias urbanas parece robusto. No obstante, esta economía delincuente solo concierne a un número extremadamente reducido de jóvenes<sup>9</sup>. Se trata de un “núcleo hiperactivo” que no debe ser confundido con la sociabilidad más corriente de los grupos de pares y los que consumen y/o revenden para ellos mismos. La gran mayoría de estos no da ninguna imagen heroica de esta actividad e intenta sobre todo alejarse de ella<sup>10</sup>.

En todo caso, esta microeconomía delincuente es un paliativo al desempleo y a la exclusión. Da acceso a un espacio de diversos recursos que los jóvenes en situación de precariedad pueden explotar. Los trabajos ilegales ofrecen algunos ingresos adicionales para poder participar en la sociedad del consumo. Se trata de vestirse convenientemente y de practicar actividades de ocio. Estas prácticas están determinadas por las presiones de la situación y la necesidad de encontrar unos medios para poder vivir como la gente corriente. Si cada uno sabe que estas actividades no son legales, no están consideradas como fundamentalmente delincentes. Por lo tanto, la sensación exacerbada de ser rechazado contribuye notablemente a producir una forma de legitimación<sup>11</sup>. No en vano, los jóvenes son ambivalentes, ya que el tráfico es una oportunidad pero también un verdadero peligro<sup>12</sup>. Los jóvenes distinguen dos tipos diferentes de delincuencia que marcan una etapa determinante en la trayectoria individual porque cambian de naturaleza y de significado: oponen claramente la pequeña delincuencia demostrativa, propia a la cultura de la calle, el “despabilamiento obligado” orientado por la necesidad económica y la voluntad de asegurar una relativa auto-

---

7. BORDREUIL, J.S. y PERALDI, M. (1997), *Précarité et mobilité dans les quartiers nord de Marseille. Rapport d'étude « extension de l'enquête INSEE Situations défavorisées, Marseille, Périmètre du grand projet urbain, LAMES/CIREJ/CNRS*.

8. KOKOREFF, M. (2000), « Faire du business dans les quartiers. Eléments sur les transformations socio-historiques de l'économie des stupéfiants en milieux populaires. Le cas du département des Hauts-de-Seine », *Déviance et Société*, vol. 24, n° 4, pp. 403-423.

9. ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.

10. TAFFERANT, N. (2007), *Le Bizness, une économie souterraine*. Paris: Le Monde-PUF.

11. DURET, P. (1996), *Anthropologie de la fraternité des cités*. Paris: PUF.

12. BORDET, J. (1998), *Les jeunes de la cité*. Paris: PUF.

mía financiera. La noción de “carrera desviante” sigue teniendo cierta actualidad para los jóvenes. Designa, en el proceso secuencial de construcción de una trayectoria y el modo de aprendizaje de las técnicas delincuentes, unas fases sucesivas, que motivan o al contrario hacen rechazar el compromiso<sup>13</sup>. Así, de 13 a 19 años, la delincuencia demostrativa disminuye claramente y se orienta hacia la búsqueda de un beneficio económico. A partir de los 20 años, la delincuencia de apropiación baja considerablemente y desaparece prácticamente a los 30 años<sup>14</sup>.

¿Cuáles son los ingresos y el volumen de negocios de los camellos locales? Estamos lejos de la imagen del camello cuyo nivel de vida sería lujoso, ya que la mayoría de los traficantes alcanzan un nivel de vida medio<sup>15</sup>. Según Duprez y Kokoreff, el negocio de los barrios debe ser analizado en el marco de una economía de la “maña” que reactualiza las viejas estrategias populares de lucha contra la pobreza. En realidad, los tráfico se organizan sobre la base de un sistema relacional marcado por la inestabilidad y la incertidumbre. La fragilidad de las redes de relación y la amenaza constante de la policía se acompañan a menudo de un cambio de orientación entre los jóvenes traficantes. El “dinero fácil” no es ganado fácilmente. El negocio convierte la ausencia de cualquier perspectiva de futuro en cada vez más creíble, ya que el empleo es la única vía de acceso a un estatus social reconocido. Se acompaña igualmente de la dureza e incluso de la violencia de las relaciones. El contexto del ghetto norteamericano ilustra perfectamente el efecto ambivalente de la economía ilícita. La cultura de la calle puede definirse como una cultura de la resistencia ante la segregación y el racismo, apuntando para los jóvenes una “búsqueda personal de dignidad”. Pero, simultáneamente, el comercio de las drogas se perfila como un elemento de destrucción de la persona y el mundo en el que vive<sup>16</sup>.

### 1.3. El fenómeno de las pandillas

Con el desarrollo de los enfrentamientos violentos que oponen unas pandillas de jóvenes, la sociedad francesa parece redescubrir un fenómeno que parecía pertenecer al pasado. Hecho nuevo o reactualización de una cuestión antigua, como la de los jóvenes *Apaches*, el punto en común de estas pandillas a lo largo del tiempo es el temor que suscitan. Para la opinión pública, la pandilla es siempre sinónimo de amenaza, de desviación y de violencia. Además, es muy difícil distinguir lo que corresponde a la realidad de las conductas juveniles y la construcción de un mito mediático. En el sentido contemporáneo, el término de pandilla es utilizado a partir de los años 1960 para designar las “Cazadoras negras”, que agrupaban unos jóvenes provenientes de la clase obrera. El agotamiento de la sociedad industrial conduce a diagnosticar la desaparición de las pandillas a propósito de los jóvenes de los suburbios afectados por la supervivencia<sup>17</sup>. La vuelta de las pandillas sobre la escena pública se produce en el inicio de los

13. BECKER, H.S. (1985), *Outsiders. Etudes de sociologie de la déviance*. Paris: Métailié.

14. MUCCHIELLI, L. (2000), *Familles et délinquance. Un bilan pluridisciplinaire des recherches francophones et anglophones*. Dossier d'Etude, n° 9, Paris: CNAF.

15. DUPREZ, D. y KOKOREFF, M. (2000), *Les mondes de la drogue*. Paris: Odile Jacob.

16. BOURGOIS, P. (2001), *En quête de respect. Le crack à New York*. Paris: Seuil.

17. DUBET, F. (1987), *La galère. Jeunes en survie*. Paris: Fayard.

años 1990 con el fenómeno *zoulou* que asocia una lógica territorial y unas identificaciones étnicas según la morfología de los barrios.

¿Cómo definir la noción de pandilla? La cuestión planteada no es sencilla ya que la pandilla es una característica de edad que hace referencia a una necesidad de sociabilidad juvenil. Los fenómenos de agrupación son una constante de la adolescencia en todos los entornos sociales. Pero, todos los grupos de pares no forman unas pandillas. La existencia de una pandilla implica un cierto nivel de estructuración del grupo y una relación de “segregación recíproca” entre jóvenes y adultos<sup>18</sup>. Además, incluso si el origen social de los jóvenes no es un principio teórico de definición de las pandillas, la mayoría de los estudios sociológicos se fundamentan en los barrios de hábitat social. Así, el “mundo de las pandillas” está asociado a las clases populares y a las conductas masculinas de virilidad<sup>19</sup>. Se pueden identificar como mínimo cuatro elementos: la pandilla contrata a sus miembros básicamente entre los entornos desfavorecidos, está vinculada a un territorio, está compuesta sobre todo por hombres y funciona fuera de la mirada de los adultos.

La mayoría de las teorías sociológicas explican la aparición de las pandillas como una respuesta al proceso de desorganización social, por una parte, y como una lógica de estigmatización, por otra parte. En 1927, Trasher mostraba, en una obra que se ha convertido en todo un clásico, los vínculos entre crecimiento de las ciudades, procesos de segregación espacial y étnica, creación de zonas de desorganización social y enraizamiento de las pandillas en Estados Unidos<sup>20</sup>. Así, las pandillas de la ciudad de Chicago ocupan las zonas “intersticiales”, situadas entre los barrios céntricos y los barrios periféricos, allá donde residen los emigrantes europeos que se enfrentan a unos problemas de integración. En estos barrios, la delincuencia se beneficia de un cierto prestigio social, procura unas ventajas económicas y se desarrolla por transmisión cultural. El autor muestra que otro elemento decisivo de la formación de una pandilla es el conflicto con el entorno. Su unidad se crea en parte desde el exterior por la oposición declarada a otros grupos y las relaciones de hostilidad con la policía. La pandilla se concientiza entonces de sí misma y se estructura en grupo delincuente. Este análisis significa que la pandilla supone la posibilidad para los jóvenes del ghetto de construir otros modos de pertenencia. Las pandillas de jóvenes son una reacción “sociológicamente normal” a la desorganización social<sup>21</sup>. Construyen unas micro-sociedades, una solidaridad y unas reglas, allí donde la sociedad global no está en medida de ofrecer unas perspectivas creíbles de integración. La pandilla es la forma de organización colectiva y política proveniente de los barrios pobres.

En Francia también, las nociones de territorio, trayectoria migratoria, exclusión escolar y relación conflictiva con el entorno son unos aspectos notables de las encues-

---

18. ROBERT, P. y LASCOUMES, P. (1974), *Les Bandes d'adolescents*. Paris: Editions Ouvrières.

19. MAUGER, G. (2006), *Les bandes, le milieu et la bohème populaire. Etudes de sociologie de la déviance des jeunes des classes populaires (1975-2005)*. Paris: Belin.

20. TRASHER, F.M. (1955), *The gang. A study of 1313 gangs in Chicago*. Chicago: Chicago University Press.

21. CHAZEL, F. (1985), « Mécanismes d'intégration et formes de déviance », *Encyclopedia Universalis*, pp. 652-656.

tas<sup>22</sup>. Pero, el vínculo entre pandilla y delincuencia es paradójico. Mientras que los dos términos están sistemáticamente asociados, el lugar de la delincuencia, en la mayoría de los trabajos, no está considerado como central. La delincuencia puede ser una expresión de las pandillas, pero no constituye su fundamento. Es preciso distinguir la noción de *gang*, que hace referencia a unos pequeños grupos centrados en la delincuencia violenta, y las pandillas de adolescentes implicados en una “delincuencia aficionada y mal organizada”<sup>23</sup>. En realidad, la dificultad para precisar el vínculo entre pandilla y delincuencia se refuerza por el carácter no-homogéneo y diversificado de las propias pandillas. Además, las pandillas pueden ser violentas, no solamente en razón de la propia naturaleza de las actividades delinquentes, sino también porque la violencia forma parte de su identidad y de su honor. Mauger<sup>24</sup> distingue dos polos en las pandillas: el primero está regido por una “lógica agnóstica” que valoriza la fuerza física y la dureza, y que funciona como norma constantemente reafirmada en el barrio. El segundo polo, que se ha reforzado estos últimos años, está vinculado a las actividades de negocio, dado que algunos jóvenes se implican en la economía subterránea.

La cuestión recurrente en los debates se refiere al nivel de cohesión interna de la pandilla. En la mayoría de los trabajos, la pandilla es un fenómeno efímero susceptible de deshacerse en cualquier momento. Sean cual sean las dificultades para cernir este fenómeno, aparece que las pandillas de los suburbios franceses no forman unos grupos organizados, dominados por la autoridad carismática de un líder, una denominación específica y un conflicto declarado a otros grupos. Surgen de manera aleatoria y puntual en peleas o en enfrentamientos con la policía. Según Roché, el 84% de los jóvenes que se han peleado en grupo no hacen referencia a la existencia de una pandilla estable. Además, estas peleas no implican una propensión a cometer otros delitos: durante unos enfrentamientos espectaculares sobre la plaza del barrio de la Defensa en París en enero de 2001, sobre unos 30 jóvenes detenidos, la policía solo conocía a dos de ellos<sup>25</sup>. La mayoría de los trabajos subrayan la confusión entre supuestas pandillas, grupos de pares y simples agrupaciones de sociabilidad juvenil. Conviene hablar de una “constelación de pequeños núcleos informales y cambiantes”<sup>26</sup>. Estos trabajos concluyen en la ambigüedad de los roles y en la plasticidad de las normas de conducta juveniles.

Incluso si las pandillas no son un hecho nuevo, la situación en la cual se enraízan pone de manifiesto unos rasgos específicos. Por una parte, las perspectivas de entrada en la pandilla son aún más grandes en estas épocas en que las posibilidades de empleo retroceden para los jóvenes en situación de fracaso escolar. El sistema educativo suscita unas aspiraciones que no puede satisfacer y genera, por lo tanto, unas situaciones de

---

22. MOHAMMED, M. (2007), *La place des familles dans la formation des bandes de jeunes*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

23. ESTERLE-HEDIBEL, M. (1997), *La Bande, le risque et l'accident*. Paris: L'harmattan.

24. MAUGER, G. (2006), *Les bandes, le milieu et la bohème populaire. Etudes de sociologie de la déviance des jeunes des classes populaires (1975-2005)*. Paris: Belin.

25. ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.

26. BACHMANN, C. y LE GUENNEC, N. (1997), *Autopsie d'une émeute. Histoire exemplaire du soulèvement d'un quartier*. Paris: Albin Michel.



frustración aguda, en el momento en el cual el trabajo manual aparece a los jóvenes como una actividad muy desvalorizada. Por otra parte, le economía del “negocio” facilita el engranaje en la delincuencia. La pandilla ofrece una alternativa identitaria, incluso si la pandilla es una institución compensatoria y transitoria. Por último, la dimensión étnica de las pandillas no existía en los años 1960. La mayoría de ellas están compuestas actualmente por jóvenes provenientes de la inmigración magrebí, africana o antillesa. Ante las diferentes formas de discriminación, se forman unas identidades reactivas y etnicizadas, convirtiendo el estigma padecido en principio de orgullo. La pandilla se transforma entonces en un ciclo de relaciones étnicas.

#### 1.4. La violencia anti-institucional

Las violencias colectivas han conducido a la creación de una sección “violencias urbanas” y posteriormente “ciudades y suburbios” en la dirección de los servicios de inteligencia en 1991. Se trata de un instrumento de medida para disponer de una herramienta de dirección de las acciones de seguridad pública. La parrilla de evaluación de la Comisión Bui-Trong jerarquiza 800 barrios problemáticos según una escala de violencia de los jóvenes de 8 niveles<sup>27</sup>. Esta escala no mide tanto las violencias urbanas sino que toma en cuenta los desórdenes públicos y los conflictos entre los jóvenes y las instituciones.

Esta escala muestra tres evoluciones fundamentales. Por una parte, revela un deterioro de las relaciones entre jóvenes e instituciones públicas. La violencia contra las instituciones es una especificidad francesa, porque no se observa con la misma intensidad en otros países. Se dirige a la política, al sistema educativo, a los servicios sociales, a los transportes, a los equipamientos colectivos, así como a los bomberos y médicos. Por otra parte, esta escala muestra la propagación de la violencia en el tiempo y en el espacio. En 1991, 106 barrios estaban afectados por las violencias urbanas en diferentes niveles. Son 485 en 1993, 636 en 1995, 749 en 1997 y 818 en 1999. Pero, entre estos 818 barrios, 355 ya habían sido identificados en 1993. Dicho de otra forma, si las violencias colectivas aumentan, es menos por su extensión que por una intensificación en las zonas singularizadas desde hace más de veinte años. Se observan igualmente unos periodos de tranquilidad en ciertos barrios que revelan, bien el paso de una lógica del desafío a la puesta en marcha de una economía subterránea, bien una verdadera mejora de las situaciones (se traducen a menudo en un desplazamiento de los problemas hacia otras zonas). Por último, esta escala muestra que las zonas que generan una fuerte actividad delictiva y violenta son los barrios de hábitat social situados en la periferia, con una fuerte densidad de población, que agrupan una proporción superior a la media de los menores de 20 años, de los cuales una parte significativa pertenece a familias numerosas provenientes de la inmigración. Para que la tasa de desempleo sea determinante en la aparición de las violencias colectivas y/o del tráfico de drogas, conviene que sea combinado a otros factores.

---

27. BUI-TRONG, L. (1993), « L'insécurité des quartiers sensibles : une échelle d'évaluation », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 14.

BUI-TRONG, L. (2000), « Violences urbaines dans les quartiers sensibles », in MATTEI, M.F. y PUMAIN, D. (eds.), *Données urbaines*. Paris: Economica, pp. 123-136.



## 2. LOS DISTURBIOS DEL OTOÑO DE 2005

El hecho más relevante de la historia de los suburbios empobrecidos es sin duda la aparición e instalación desde hace más de treinta años de los disturbios urbanos. Hasta entonces, concernían ante todo a algunos barrios de los suburbios de las grandes ciudades, sobre todo en Lyon y París, antes de extenderse durante los años 1990 al conjunto del territorio, incluyendo las pequeñas y medianas ciudades de provincia. En 1981, los disturbios son un fenómeno inédito en Francia mientras que los Estados Unidos e Inglaterra han conocido unas revueltas muy violentas durante los años 1960 y 1970. En ambos casos, se trata de una violencia colectiva cometida por unos jóvenes deseosos de defender un territorio que acumula la segregación étnica y la exclusión económica<sup>28</sup>.

En este sentido, los disturbios de 2005 no constituyen una novedad. No marcan una ruptura, sino el endurecimiento de procesos segregativos ya identificados con anterioridad. No en vano, son inéditos por la amplitud de su difusión sobre el territorio galo (a partir de un acontecimiento inicialmente local) y por su dureza: más de tres semanas de violencia constante, 274 municipios concernidos, 250 millones de euros de daños y estragos, 11.500 policías y gendarmes movilizados, más de 10.000 coches quemados, 233 equipamientos públicos destruidos o deteriorados, un centenar de empresas afectadas en la región parisina, la instauración el 8 de noviembre por decreto del estado de emergencia, etc. Como jamás en el pasado, los disturbios han constituido un acontecimiento político y social, que ha suscitado una cobertura mediática excepcional en el mundo entero y una cantidad impresionante y desigual de comentarios, de escritos<sup>29</sup> y de coloquios.

### 2.1. Morfología del motín

Los disturbios de 2005 combinan unos elementos originales con cierta continuidad. Se distinguen por su geografía, el perfil de los amotinadores y sus objetivos<sup>30</sup>. Los barrios concernidos (50 en región parisina y cerca de 200 en provincias) están clasificados mayoritariamente en “zona urbana sensible” (el 85%), y acumulan unos criterios particulares: la proporción de individuos de menos de 20 años, el número de familias numerosas, especialmente las familias originarias de África subsahariana, (la proporción de familias numerosas está vinculada a la intensidad de los motines y no a la proporción de extranjeros extra-comunitarios, ya que los jóvenes provenientes de la inmigración africana no están más implicados que los jóvenes europeos cuando el tamaño de la hermandad es comparable), la proporción de los menores de 25 años que se encuentran en el paro (los mayores titulados de la enseñanza superior desempeñan un papel relevante). Asimismo, estos barrios forman parte de las “zonas francas urbanas” (ZFU), activas y creadoras de empleo, pero que suscitan unas expectativas

28. LAPEYRONNIE, D. (2006), « Les émeutes urbaines en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 319, pp. 5-14.

29. MAUGER, G. (2006), *L'émeute de novembre 2005. Une révolte protopolitique*. Paris: Editions du Croquant.

30. LAGRANGE, H. (2006), « La structure et l'accident », in OBERTI, M., *Émeutes urbaines et protestations. Une singularité française*. Paris: Presses de Sciences Po, pp. 105-130.

que no pueden satisfacer y están situados a menudo en unas configuraciones urbanas donde los contrastes sociales son virulentos (zonas pobres en unos territorios ricos). Por último, un rasgo común de los barrios concernidos consiste en el debilitamiento del sector asociativo.

El perfil de los amotinadores es igualmente objeto de debate. Según Lagrange, estos disturbios revelan la experiencia de una parte solamente de una clase de edad: unos chicos, adolescentes de entre 15 y 20 años básicamente, a menudo en dificultad escolar, que no han acompañado sus compañeros de la misma edad, ni desarrollado unos vínculos con los jóvenes adultos. El perfil sería el siguiente: ni verdaderamente delincuentes, ni desempleados, ni titulados, además de ser muy jóvenes, mixtos culturalmente e integrados en el entorno social de pertenencia. A lo largo de los años 1990, los disturbios asociaban a menudo unas conductas emocionales y utilitarias, la revuelta y el robo (saqueo de las tiendas) contra un sistema percibido como segregativo. En comparación, el disturbio de 2005 no corresponde a una delincuencia de apropiación: esta última no está ausente, aunque esté poco presente. Estos disturbios tampoco se han traducido por un enfrentamiento entre pandillas o entre minorías, lo que constituye una diferencia con los motines que han tenido lugar en Inglaterra y en Estados Unidos. Los disturbios de 2005 ponen de manifiesto el enfrentamiento entre la policía y los coches quemados. Así, la simbología del fuego ha sido dominante, mostrando que se trata de atraer la atención y de hacerse escuchar.

## 2.2. Los factores desencadenantes

La mayoría de los aspectos de los disturbios se repiten. Una vez más, la sociedad francesa “descubre” la amplitud del abismo que separa los barrios desheredados del resto del país. Los reportajes dan cuenta de la dureza de las condiciones de vida y de la violencia que amenaza el orden social. Como siempre, los disturbios son irreversibles y fuertemente probables<sup>31</sup>. Como en cada ocasión, se acompañan de manifestaciones silenciosas, de un llamamiento a registrarse en las listas electorales, del anuncio de un plan Marshall, etc. Posteriormente, la emoción recae, vuelve la calma y el problema sale del debate mediático. De hecho, es todo un ritual.

El desencadenamiento de los disturbios se inscribe en un esquema clásico. Desde hace 25 años, la cronología de los motines, incluso el de Clichy-sous-Bois, revela ciertas similitudes: tras unos incidentes graves y controvertidos, que cuestionan la actuación de la policía, algunos jóvenes entran en conflicto con las fuerzas de seguridad, queman coches y destruyen los equipamientos colectivos de su barrio<sup>32</sup>. El sentimiento de pertenencia territorial y la hostilidad hacia la policía son tan anclados en la identidad de estos jóvenes que pueden implicar el apoyo hacia un atracador fichado en el gran bandolerismo, que las fuerzas del orden intentan detener<sup>33</sup>. Por lo tanto, los motines no surgen brutalmente del vacío sino que son el producto, al menos parcialmente,

---

31. BACHMANN, C. y LE GUENNEC, N. (1997), *Autopsie d'une émeute. Histoire exemplaire du soulèvement d'un quartier*. Paris: Albin Michel.

32. BATTEGAY, A. y BOUBEKER, A. (1992), « Des Minguettes à Vaulx-en-Velin, fractures sociales et discours publics », *Les Temps modernes*, nº 545-536.

33. BEAUD, S. y PIALOUX, M. (2003), *Violences urbaines, violences sociales*. Paris: Fayard.

de las relaciones mantenidas por los jóvenes con la policía. Constituyen el momento paroxístico de un proceso más ordinario existente en la vida diaria: el de un clima de suspicacias y de tensiones, de desafíos y de provocaciones recíprocos<sup>34</sup>.

En trasfondo de este factor, hay sobre todo las tendencias segregativas que inciden en el problema de los suburbios desde hace más de treinta años. Los motivos de estas violencias son heterogéneos. Los motines revisten un aspecto multidimensional. Asocian unas dimensiones locales, socioeconómicas, territoriales, culturales e institucionales. De hecho, los disturbios no son fundamentalmente unas conductas dictadas por la pobreza, incluso si los barrios concentran el desempleo y las dificultades. No aparecen en las zonas más marginadas y los jóvenes que los practican no son todos unos jóvenes con problemas. Es sabido, por ejemplo, que los barrios desfavorecidos que tienen una tasa de desempleo muy superior a la media nacional y están situados en la mitad de una aglomeración globalmente pobre carecen de violencia colectiva (Nord Pas-de-Calais o Poitou-Charentes), mientras que los mismos tipos de barrios caracterizados por unas tasas de desempleo muy inferiores pero situados en el seno de una ciudad favorecida están muy preocupados por este problema (Île-de-France, Rhône-Alpes, Alsace). Uno de los factores desencadenantes de los disturbios es, por lo tanto, menos la pobreza en términos absolutos que las diferencias sociales en términos relativos. El caso de los disturbios que han acontecido durante un periodo de crecimiento económico y del empleo no es menos paradójico, a la imagen de Montbéliard en julio de 2000<sup>35</sup>. ¿Cómo explicarlo? Estos sociólogos subrayan la importancia de la dimensión socioeconómica de los disturbios, considerados no como un simple trasfondo, que sería exterior a los individuos, sino como un verdadero proceso estructural que fabrican, desde hace más de treinta años, una “personalidad social agresiva” de los jóvenes de estos suburbios. Por lo tanto, conviene, al menos provisionalmente, abandonar el territorio de los barrios desheredados para detenerse sobre lo que ocurre en las fábricas y, especialmente, la fuerza de los efectos del desempleo masivo y de la precariedad, las transformaciones de las relaciones colectivas de trabajo y la profunda desagregación del mundo obrero, inexistente social y políticamente.

Para comprender y explicar los disturbios de 2005, es preciso movilizar un análisis multifactorial que combine las variables estructurales y las lógicas de actores así como los efectos contextuales. La explicación por las causas sociales del motín es insuficiente. Asimismo, conviene tomar en consideración la temporalidad del acontecimiento, los vínculos de determinaciones parciales entre las situaciones, los factores coyunturales y los motivos de compromiso de los jóvenes en las violencias. En noviembre de 2005, varios acontecimientos han sido decisivos<sup>36</sup>: la muerte por electrocución de dos adolescentes, las violencias de reacción dirigidas contra las fuerzas de seguridad, la comunicación de las autoridades nacionales y la personalización del conflicto, los rumores, la inadaptación del dispositivo de intervención policial, el incidente de una granada lacrimógena lanzada por error en la mezquita de Clichy-sous-Bois, que marca

---

34. BRONNER, L. (2010), *La loi du ghetto*. Paris: Calman-Levy.

35. BEAUD, S. y PIALOUX, M. (2003), *Violences urbaines, violences sociales*. Paris: Fayard.

36. LE GOAZIOU, V. y LUCCHIELLI, L. (eds.), *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*. Paris: La Découverte.

la extensión de las violencias en Seine-Saint-Denis, la difusión nacional de los disturbios, el papel de los medios de comunicación. Por otra parte, las razones del paso al acto son diversas y ambiguas. Existe, por ejemplo, una búsqueda de sensaciones fuertes en el motín<sup>37</sup>. Los jóvenes que participan en los disturbios alegan varias razones, pero ofrecen una explicación ambivalente que oscila entre una dimensión lúdica y un aspecto de protesta. En realidad, la frontera entre amotinadores es porosa, ya que pueden distinguirse varias maneras de participar en el motín.

### 2.3. Disturbios sociales o étnicos

Los disturbios de 2005 no son la expresión de una afirmación identitaria étnica, aunque los jóvenes concernidos se sientan a menudo víctimas de racismo. Los barrios afectados por el motín muestran que no están enmarcados ni por los predicadores religiosos (que no han podido impedir la violencia), ni por los camellos (que necesitaban cierta discreción). No hay ningún vínculo entre economía paralela y no-uso de la violencia. Asimismo, la religión ha estado ausente, dado que los jóvenes no han expresado ninguna reivindicación sobre el velo islámico o las mezquitas. Protestan contra las discriminaciones. Estos últimos están animados por un sentimiento de injusticia y de desprecio. Todos hablan de una necesidad de reconocimiento y de respeto y hacen un llamamiento a una ciudadanía igualitaria. Es cuestión de ser reconocido como todos los demás, es decir en todos sus derechos, en lugar de serlo en su peculiaridad. El motín reúne, por lo tanto, a unos individuos sobre la base de su condición económica ante todo, a la cual se combina posteriormente un criterio étnico vinculado a la discriminación basada en el color de la piel. Revela una división en términos de clase social y de segregación urbana. El criterio étnico es un elemento asociado a los disturbios, pero no constituye su fundamento. El proceso de apertura no es la islamización, sino la ghettoización urbana, no es una cultura arabo-musulmana, sino el barrio y su “cultura de la calle”<sup>38</sup>. En este sentido, los enfrentamientos pueden leerse como una extensión de la “lógica agnóstica del mundo de las pandillas”, dado que éste valoriza el desafío y la práctica del combate<sup>39</sup>.

### 2.4. La despolitización de los disturbios

Los disturbios de 2005 se dirigen igualmente a la intervención pública. Efectivamente, no se queman únicamente los coches, sino que se incendian igualmente las escuelas, los transportes públicos, los equipamientos colectivos, etc. Este aspecto no es novedoso ya que, en el inicio de los años 1990, los disturbios se producen allí donde los barrios, tales como Vaux-en-Velin, podían ser considerados como un modelo de los dispositivos de desarrollo social urbano. Este aspecto es fundamental puesto que el número de disturbios aumenta significativamente durante el periodo posterior al derrumbe de las formas de movilización colectiva para la ciudadanía de los jóvenes de origen magrebí. Las identificaciones de los jóvenes de los barrios marginados se

37. ROCHE, S. (2006), *La frisson de l'émeute. Violences urbaines et banlieues*. Paris: Seuil.

38. ROY, O. (2005), « Intifada des banlieues ou émeutes de jeunes déclassés ? », *Esprit*, décembre.

39. LAGRANGE, H. (2006), « La structure et l'accident », in OBERTI, M., *Emeutes urbaines et protestations. Une singularité française*. Paris: Presses de Sciences Po, pp. 105-130.

convierten en aún más territoriales y no se encierran sobre sí mismas. Porque destruyen a menudo los servicios del barrio, una de las principales características de los motines es su dimensión autodestructiva<sup>40</sup>. Esta violencia, a menudo considerada como “gratuita”, porque destruye los bienes del barrio, encuentra sin embargo unos elementos explicativos en el juego complejo de las relaciones entre los jóvenes y las instituciones, especialmente la pérdida de confianza entre unos y otros<sup>41</sup>.

La instalación progresiva de los incidentes en el contexto de los barrios desfavorecidos, favorece una relación instrumental a la violencia, a partir del momento en que ésta, escenificada por los medios de comunicación, asegura una visibilidad social que puede ser eficaz. Efectivamente, los jóvenes pueden desencadenar un motín para atraer la atención, lo que interpela las instituciones y los políticos que se ven obligados a conceder unos recursos adicionales al barrio. La violencia se convierte entonces en una vía de entrada eficaz en el debate público, una “toma de poder en una vida sin poder”<sup>42</sup>. ¿No se han restablecido, tras los disturbios de 2005, la financiación para las asociaciones y reintroducido el principio de las mediaciones?

Objeto, por una parte, de un tratamiento mediático que confiere a la imagen un derecho de entrada eficaz en la esfera pública y, por otra parte, asumida por las políticas de prevención y de represión, el motín indicaría más generalmente un vacío político. Plantea la cuestión de la representación política de los barrios pobres y de las condiciones de funcionamiento de una democracia urbana<sup>43</sup>. De hecho, varios ejemplos en el extranjero ponen de manifiesto el desfase existente entre la población y sus representantes<sup>44</sup>. No en vano, la incertidumbre es notable en lo que se refiere a la naturaleza de la adversidad, en el sentido de que la responsabilidad de la situación parece concernir a todo el mundo pero no implicar a nadie en particular. El motín expresa ciertamente una conciencia aguda del rechazo pero un rechazo vivido como un mecanismo global donde todo el mundo parece ser responsable y, simultáneamente, nadie lo es. No hay ningún enemigo identificable ni reivindicación claramente formulada. Se trata de la manifestación de un espíritu de revuelta, no desprovisto de aspectos lúdicos, contra la segregación y un sentimiento omnipresente de desprecio. Pero, los disturbios se enfrentan a un callejón sin salida. No desemboca sobre unas formas de movilización colectiva, excepto el movimiento de la marcha de los “beurs” durante los años 1980, el movimiento “stop la violencia” aparecido en unos barrios de los suburbios de París al final de los años 1990, y el colectivo asociativo ACLEFEUX que ha visto la luz en Clichy-sous-Bois. Porque los amotinadores, más especialmente los de noviembre de 2005, están solos ante ellos mismos, sin canales de expresión, aislados políticamente.

---

40. BEGAG, A. y DELORME, C. (1992), “Rites sacrificiels des jeunes dans les quartiers en difficulté”, *Annales de la recherche urbaine*, n° 54, pp. 45-52.

41. BACHMANN, C. y LE GUENNEC, N. (1997), *Autopsie d'une émeute. Histoire exemplaire du soulèvement d'un quartier*. Paris: Albin Michel.

42. BODY-GENDROT, G. (1998), *Les villes face à l'insécurité. Des ghettos américains aux banlieues françaises*. Paris: Bayard.

43. WIEVIORKA, M. (1999), *Violence en France*. Paris: Seuil.

44. GHORRA-GOBIN, C. (2007), « La sous-représentation politique des habitants des quartiers pauvres : regard ancré dans la ville américaine », *Informations sociales*, n° 141, juillet 2004.

Antes de referirse a la sociedad, la violencia de los barrios desheredados se vuelve contra ellos mismos. Sin adversario, los jóvenes de los barrios destruyen su propio universo.

Aparece entonces una división sobre el significado de los disturbios: bien se interpreta como un episodio de delincuencia, bien como la expresión de una sublevación popular. Por un lado, se hablará de actos de rebelión anti-institucional que es preciso clasificar en la sección de las “violencias urbanas”. Desde este punto de vista, los disturbios de 2005 no traducen de ninguna manera un movimiento de naturaleza política. Por otro lado, las conductas de los amotinadores expresan unos llamamientos políticos fuera de una conducta colectiva organizada<sup>45</sup>. Ante la ausencia de espacio de representación, el motín es percibido como una protesta no-convencional, una conducta “infra” o “proto”-política, interpretada a partir de una realidad exterior a los amotinadores. Entre estos dos polos, es complicado concluir sobre una denominación precisa de los disturbios, sabiendo que el plural indica la ausencia de unidad del fenómeno, la diversidad de las situaciones y unos significados a los que hace referencia.

En definitiva, el motín de 2005 combina varias dimensiones: mezcla la protesta, lo lúdico y la delincuencia expresiva. Sin duda, es en la articulación de las lógicas territoriales y de la “cultura de la calle”<sup>46</sup> y de las causas sociales de la “rabia”<sup>47</sup>, articulación a geometría variable según los contextos locales y el impacto de las respuestas institucionales, donde encuentra la mejor explicación.

## 2.5. Los coches quemados de Estrasburgo

Se observan igualmente unos disturbios de carácter más o menos “festivo”, a la imagen de los incidentes de la San Silvestre (31 de diciembre) en Estrasburgo. Mientras que la mayoría de los motines surgen de incidentes graves y controvertidos con la policía, los incendios de coches no son sin precedentes. En 1997, más de 50 coches son incendiados durante el año nuevo, como si la periferia participara en este evento con un incendio festivo de los símbolos de la sociedad del consumo, como para protestar contra el hecho de estar excluidos. La situación se reproduce al año siguiente. La mayoría de la opinión pública analiza esta situación estigmatizando el defecto de socialización de los jóvenes, percibidos como desestructurados y sin puntos de referencia. Este análisis es cuestionable ya que los coches quemados hacen referencia a una relación tradicional con el juego, el que marca un rito de paso. Además, estos jóvenes saben que está prohibido quemar coches y no lo hacen cualquier noche, de modo que conocen las reglas de los adultos. No se trata, por lo tanto, de un problema de socialización.

La cuestión planteada es más bien la de la legitimidad de la regla jurídica en un contexto de segregación. De hecho, los coches quemados no resultan de una escasa interiorización de las reglas del juego, sino que traducen un juego sobre las reglas. De este modo, estos jóvenes acceden a una visibilidad, a través de la publicidad de

---

45. KOKOREFF, M. (2008), *Sociologie des émeutes*. Paris: Payot.

46. LEPOUTRE, D. (1997), *Cœur de banlieue*. Paris: Odile Jacob.

47. DUBET, F. (1987), *La galère. Jeunes en survie*. Paris: Fayard.

los medios de comunicación, de los que se sienten excluidos el resto del tiempo. Los incendios de coches expresan a la vez una dimensión lúdica e identitaria. Las encuestas realizadas sobre la ciudad de Estrasburgo subrayan el desfase existente entre la riqueza del centro urbano y su situación central en Europa, por una parte, y la sensación dominante de pobreza en los barrios de la periferia, por otra parte. Paradójicamente, esta distancia social es vivida de manera aún más violenta por los jóvenes desde que estos barrios están bien comunicados con el centro por el transporte público. De cierta forma, el aumento de la oferta de transporte en una sociedad de movilidad aumenta la sensación de inamovilidad social. Quemando los bienes que permiten circular entre el centro y la periferia, los jóvenes se retiran de la ciudad, para reivindicar su identidad territorial<sup>48</sup>. Afirman un estatus de excluido, siendo actores de su exclusión, y transforman esta última en acto voluntario de insularidad. El juego de las reglas es, por lo tanto, un juego sobre la distancia social, aprovechada en una reivindicación destinada a chocar y a transformar el orden establecido.

### 3. LA EXPLICACIÓN DE LA DELINCUENCIA Y DE LA VIOLENCIA URBANA

Las causas de la delincuencia y de las violencias urbanas son complejas y heterogéneas. No se reducen a una explicación única sino que implican un análisis multifactorial que combina las variables estructurales y las lógicas de actores así como los efectos contextuales. El primer resultado constantemente reiterado por la mayoría de los investigadores estriba en la ausencia de unidad de las causas y de los significados de la violencia y de la delincuencia. Deben ser analizados en el marco de las lógicas de segregación urbana, de la generalización de la sociedad del consumo, de la concentración espacial del desempleo, de los efectos de la escolarización masiva, de la inmigración y del racismo, así como la influencia de la familia y del grupo de pares, el enraizamiento de la ideología individualista en los estilos de vida, y las estrategias de los actores ante las respuestas institucionales y políticas que obtienen.

#### 3.1. La delincuencia como conformismo

El resurgimiento de la delincuencia es inseparable de la crisis del empleo como recurso económico pero también como fundamento de la identidad personal y del reconocimiento social. El desempleo masivo y la precariedad de los jóvenes de los barrios desfavorecidos apartan a buena parte de ellos de las vías clásicas de realización personal. La delincuencia resulta entonces de la distancia excesiva existente entre las aspiraciones de los individuos y los medios legítimos de los que disponen para poder realizarlas<sup>49</sup>. Paradójicamente, la desviación aparece como una voluntad de integración. Las conductas de los jóvenes resultan menos de una socialización insuficiente que de un apego excesivo hacia ciertos recursos del consumo. Se trata de un “conformismo desviante” como modo de adaptación racional a unas condiciones de vida objetivas<sup>50</sup>.

---

48. BEGAG, A. (2002), *Les dérouilleurs*. Paris: Mille et unes nuits.

49. MERTON, R.K. (1965), *Eléments de théorie et de méthode sociologique*. Paris: Plon.

50. CLOWARD, R.A. y OHLIN, L.E. (1960), *Delinquency and Opportunity. A theory of delinquent gangs*. New York: The Free Press.



No en vano, el desempleo y la pobreza no lo explican todo. Así, la delincuencia aumenta en Francia a partir de los años 1950 y se intensifica a lo largo de la fase de expansión económica. Asimismo, la tasa de pobreza es más elevada en zonas rurales, mientras que la delincuencia es sobre todo urbana. Las mujeres están sobre-representadas en el desempleo, pero los delincuentes son mayoritariamente hombres. Por lo tanto, el incremento del desempleo no es mecánicamente un factor de delincuencia, ya que ésta no es un simple producto de las condiciones sociales. Otros factores juegan un papel determinante, tales como el aumento de las oportunidades en el seno de una sociedad del consumo de masas, la urbanización y la movilidad espacial fuera del domicilio de los hogares cuyos cónyuges trabajan (creando más anonimato y unas viviendas sin vigilancia), la facilidad creciente de robo teniendo en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas potenciales (escasa resistencia a la violencia en una sociedad que condena su uso) y la ineficacia de la sanción penal<sup>51</sup>. En este sentido, la delincuencia sería racional en una sociedad donde los puntos de mira son atractivos, fáciles de acceso y frágiles.

### 3.2. La crisis del control social

Todos los jóvenes en situación de desempleo o de pobreza no son delincuentes o violentos. El compromiso en las conductas supone igualmente una cierta flexibilidad hacia la norma dominante, e incluso una cierta indiferencia, o al menos una capacidad a neutralizarla<sup>52</sup>. El desarrollo de las conductas de riesgo debe ser puesto en paralelo con el debilitamiento del autocontrol. En el conjunto de la sociedad, a nivel de las costumbres, se ha enraizado un modo de conducta individualista. Más que unos vínculos institucionales y estatutarios, los individuos privilegian los vínculos de afinidad y de igualdad. Los individuos se distancian de los roles tradicionales. La obediencia cede el paso a la toma de iniciativa. El desarrollo de una sociedad, en la cual la construcción personal implica una autonomía superior, complejiza los mecanismos de socialización juvenil.

En este marco, los debates se refieren a la crisis de las instituciones clásicas de educación, por una parte, y a una crisis del control por los demás, el entorno, los adultos, el vecindario, por otra parte. Desde ese punto de vista, las “incivilidades” hacen referencia a unas teorías de la crisis del control social y del declive de la civilidad. Pueden ser interpretadas, al menos parcialmente, como el producto de una desregulación social y de la anomia en el sentido durkheimiano de la palabra, es decir del debilitamiento de las reglas colectivas que controlan las conductas individuales. Por ejemplo, las incivilidades y ciertas formas de violencia invaden los espacios donde la vigilancia de los adultos ha dejado de ejercerse. Con el declive del control comunitario propio a la clase obrera y a los antiguos “suburbios rojos”, ya no hay espacio de desviación tolerado y regulado.

---

51. ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.

52. DUBET, F. (1987), *La galère. Jeunes en survie*. Paris: Fayard.



### 3.3. El incremento de la frustración escolar

La mayoría de las investigaciones subrayan el peso del fracaso escolar que constituye una variable determinante, más aún que el origen social, en la propensión a la delincuencia y a las conductas violentas. Democratizándose, el sistema educativo fabrica sus propias lógicas y genera unas frustraciones considerables en el momento en que suben las aspiraciones al éxito. Como encarnación del ascenso social, la escuela solo puede ser fuertemente interpelada, a partir del momento en que puede simbolizar a la vez una promesa de integración y la incapacidad de conseguirlo. Se desarrollan unas fuertes expectativas a la vez que unos comportamientos de rechazo ante un sistema educativo percibido como segregativa.

La escuela no produce solamente unas desigualdades sociales y espaciales, sino que transforma los problemas escolares en problemas de personalidad, la selección en humillación, el fracaso en pérdida de respeto de sí mismo. De ahí viene el rol central de las “malas clases” en la fabricación de la desviación<sup>53</sup>. La concentración de los alumnos de escaso nivel escolar en unas clases homogéneas contribuye a instalar un jaleo endémico. Se instalan unas conductas anti-escolares que deben comprenderse como una producción propiamente escolar. Esta situación genera una “cultura negativista”, que además de apoyarse en las aspiraciones de la cultura escolar, que es también la de las clases medias, invierte las prescripciones y valoriza los comportamientos rechazados por la sociedad<sup>54</sup>. En el momento en el cual los jóvenes comprenden que el modelo social legítimo que se les impone y al que aspiran les es inaccesible, pueden elegir rechazar las normas de la institución. Juegan el rol de los “malos”, de los “mal educados”, de los “malos alumnos”. Es salir de esta lógica de la selección escolar y de sus dinámicas competitivas, con el fin de preservar un mínimo de autoestima.

Van Zanten muestra que “la escuela de la periferia” sigue siendo, a pesar de todo un vector de socialización. Incluso si el barrio “coloniza” el colegio por una serie específica de comportamientos y de lenguajes, los adolescentes valorizan la singularidad de la institución que encarna las normas y las reglas que provienen del centro. Pero, el respeto de estas normas no garantiza ni implica unos alumnos en sus estudios ni su transposición en el exterior de la escuela. En el corazón de la situación de los jóvenes alumnos se encuentra una tensión entre las normas de la cultura escolar y las normas de la “cultura de la calle”.

### 3.4. El rol de la familia

El rol de la familia suscita toda una polémica. La familia no es un factor aislado. Así, para comprender los mecanismos de entrada de los jóvenes en una pandilla, deben explicarse los vínculos entre la familia, el barrio y la escuela. Aparece entonces que la familia no ocupa un lugar central. No en vano, la mayoría de los trabajos muestran que los niños provenientes de familias numerosas están más preocupados por la delincuencia que los menores de las familias reducidas, sea cual sea el nivel de renta y

---

53. VAN ZANTEN, A. (2001), *L'école de la périphérie. Scolarité et ségrégation en banlieue*. Paris: PUF.

54. COHEN, A. (1955), *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. Glencoe: The Free Press.

el estatus profesional de los padres. Lagrange<sup>55</sup> menciona, por ejemplo, la propensión más fuerte de los cadetes a la delincuencia por una transmisión de la frustración hacia los más jóvenes, así como el papel de la ausencia del padre. Varias encuestas hablan de “despaternalización” del espacio público de los barrios. Pero, no existe un vínculo directo entre la estructura familiar (por ejemplo la mono-parentalidad) y la propensión a la delincuencia de los menores. La estructura familiar solo ofrece un terreno favorable a la desviación, en la medida en que se caracteriza por una falta de recursos y un cierto aislamiento social.

Ciertos estudios insisten más en el rol de la supervisión parental que en la estructura familiar. Aparece que el déficit de autoridad vinculado a la ausencia del padre y al déficit de supervisión del menor jugaría un rol no desdeñable<sup>56</sup>. Pero, el factor más perturbador estriba en la calidad de las relaciones desarrolladas entre los miembros de la familia. En todo caso, la capacidad de supervisión de sus hijos se ve dificultada porque se ejerce más individualmente. Finalmente, los análisis invalidan la existencia de un vínculo directo entre estructura familiar y frecuencia de la supervisión. De hecho, este vínculo está mediatizado por otros factores y debe ser resituado en una perspectiva más general. La aptitud de los padres para proteger a sus hijos de la delincuencia depende ampliamente de las desigualdades socioeconómicas. En este sentido, la dimisión parental es un mito que carece de fundamento.

### 3.5. La violencia sexual y las violaciones colectivas

Más que en el pasado, las chicas serían víctimas de las violencias sexuales. Incluso si la cuestión es controvertida, parece sin embargo que este crecimiento no resulta simplemente de una mayor facilidad a presentar una denuncia y a un endurecimiento del tratamiento penal de este fenómeno. Las encuestas basadas en la auto-declaración muestran que el número de víctimas es más elevado entre las jóvenes mujeres. El análisis de los datos de encuestas tiende a mostrar que los hombres jóvenes cometen más violaciones individuales desde hace unos veinte años. Para Lagrange<sup>57</sup>, esta violencia sexual debe ser asociada a la mutación de los roles sexuales y a una “crisis de la masculinidad”, observable a escala de la sociedad global, pero cuyos efectos pueden ser acentuados en los barrios populares, donde la búsqueda de respeto instala entre los chicos una norma de virilidad. La “crisis de la masculinidad” se fundamenta a la vez en la liberación de la mujer, en un éxito escolar superior de las chicas, en el peso del desempleo y de la crisis de los valores del trabajo obrero, que exacerban la valorización de la virilidad, que ha existido siempre en los entornos populares<sup>58</sup>.

Otra forma de violencia sexual es la violación colectiva. Fenómeno mediático desde hace varios años, la violación colectiva es un hecho extremadamente minoritario

---

55. LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.

56. ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.

57. LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.

58. DURET, P. (1999), *Les jeunes et l'identité masculine*. Paris: PUF.

entre el conjunto de las violaciones sexuales, mientras que la violación conyugal es más frecuente. También conviene decir que la focalización mediática sobre las violaciones colectivas acentúa la estigmatización de los hombres jóvenes de los suburbios desfavorecidos, y, simultáneamente, invisibiliza las violaciones sexuales hacia las mujeres ejercidas por los adultos y en todas las categorías sociales. Nada indica que se produzcan más violaciones colectivas hoy en día que hace varios años<sup>59</sup>.

No obstante, los testimonios y las encuestas de campo sobre este tema permiten subrayar algunas características de las violaciones colectivas. Tienen un carácter premeditado y repetitivo que resulta de un sistema de intimidación y de amenaza que encierra a la víctima en el silencio, y autoriza la continuación de los actos sobre la misma persona durante un cierto periodo. Por lo tanto, la tesis de una actividad pulsional incontrolable de los chicos es poco creíble. El término “violación colectiva” parece reductor porque “no enuncia la realidad de este proceso que se repite y se inscribe a menudo en el tiempo, verdadero dispositivo espaciotemporal de apropiación sexual de ciertas mujeres por un grupo de hombres”. Este análisis explica esta forma de violencia sexual por el funcionamiento de los barrios y el tipo de relaciones que genera entre los chicos y las chicas. La violación colectiva es una de las expresiones extremas de la posición dominante de los chicos en el espacio público de los barrios desheredados, y, otro aspecto de una misma realidad, de su ausencia de lugar y de poder en la sociedad.

Según otro estudio llevado a cabo por Hamel<sup>60</sup>, los chicos que cometen violaciones colectivas no pueden ser considerados únicamente como unos seres sin puntos de referencia y en vía de profunda des-socialización. En realidad, estos últimos son conscientes de cometer un crimen, pero rechazan definirse como violadores. Asimismo, las violaciones colectivas no pueden ser asimiladas a unos rituales en la medida en que no expresan ni el paso de un estatus a otro, ni una integración en un grupo, ni una iniciación sexual. Los chicos tampoco explican su comportamiento como el producto de una miseria sexual. Incluso si la pobreza es un factor de violencia, aparece sobre todo como “una concepción jerarquizada de las relaciones de género, asociada a una fuerte solidaridad masculina, que preside a estas violaciones”.

### 3.6. La segregación y la cultura del ghetto

La delincuencia y las violencias se enraízan en una viva sensación de segregación espacial. Según la hipótesis ecológica clásica desarrollada por la Escuela de Chicago, la violencia resulta del crecimiento de las ciudades y de las desigualdades sociales que se incrementan entre los barrios pobres y ricos. Así, las violencias urbanas resultan de una reducción continua de la diversidad social, por una lógica de “secesión” de la población vinculada a la inseguridad<sup>61</sup>. El incremento de la concentración espacial del desempleo desde hace un cuarto de siglo constituye la base de una transmisión cultural de los modelos de la delincuencia de una generación a otra. La mayoría de los trabajos fran-

---

59. MUCCHIELLI, L. (2001), *Violences et insécurité*. Paris: La Découverte.

60. HAMEL, C. (2003), « 'Faire tourner les meufs', Les viols collectifs : discours des médias et des agresseurs », *Gradhiva*, n° 33.

61. DONZELOT, J. et al. (1999), *Faire société. La politique de la ville aux Etats Unis et en France*. Paris: Seuil.

ceses reactualizan en este ámbito la vieja tradición de los estudios urbanos americanos y subrayan la influencia decisiva del grupo de pares.

Sutherland insistía en el carácter adquirido de la delincuencia en un territorio determinado<sup>62</sup>. Ciertos jóvenes de los suburbios desheredados pueden convertirse en delincuentes por “asociación diferencial” cuando dominan en su entorno y en el marco de unos grupos restringidos, las interpretaciones que les son favorables. No se convierten en unos delincuentes por afinidad personal sino por afiliación al grupo de pares. Así, en los barrios de integración desviante, se hablará de un “hecho de socialización”<sup>63</sup>. En este contexto, el racismo está muy presente. Genera unos comportamientos de violencia ante una sociedad percibida como violenta. Encerrados en el barrio, ciertos jóvenes pueden desarrollar unos comportamientos auto-segregativos en forma de espiral, especialmente hacia el empleo. Se puede hablar entonces de una “cultura de la segregación” o de una “cultura del ghetto” con la condición de que sea definida no como una cultura del aislamiento sino como el producto del aislamiento social”<sup>64</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

En definitiva, la delincuencia de apropiación estaría vinculada a la generalización de la sociedad del consumo, al enriquecimiento de la sociedad y al endurecimiento de las desigualdades, mientras que las violencias urbanas se referirían a los efectos de la crisis económica, a las trayectorias escolares y a la puesta en marcha de dinámicas del ghetto urbano a partir de la mitad de los años 1970. Las violencias resultan más directamente de las condiciones sociales de los jóvenes, de la segregación urbana y de la profundización del proceso de individualización. Expresan la sensación de privación de las posibilidades de construirse como un individuo autónomo y reconocido. Se apoyan no solamente en un “déficit de posesión” sino también, y de manera más profunda, en un “déficit de ser” y una búsqueda de reconocimiento identitario<sup>65</sup>. Por lo tanto, conviene disociar la delincuencia de apropiación y la violencia expresiva, que es una manera de existir, mientras que la realización de este deseo de reconocimiento conduce a autodestruirse.

Esta violencia expresiva, a menudo considerada como “gratuita”, porque no aspira a un beneficio material sino que pretende destruir los bienes del barrio o anonadar la persona, puede explicarse en términos de dominación social, es decir en términos de individuos privados de individualización. No es cuestión de un individuo que no dispone de los medios para consumir, sino de un individuo privado de las posibilidades de construirse, de valorarse, de afirmarse y de ser reconocido. En esta perspectiva, la violencia

---

62. SUTHERLAND, E.H. y CRESSEY, D. (1966), *Principes de criminologie*. Paris: Cujas.

63. LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.

64. WILSON, W. (1987), *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass and Public Policy*. Chicago: Chicago University Press.

65. LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.

no es simplemente el producto de un “conformismo frustrado” sino que expresa una forma de dominación tal como los jóvenes no pueden definirse como unos individuos<sup>66</sup>. No están des-socializados sino que están dominados, menos a nivel estrictamente económico que desde el punto de vista identitario. El problema vivido es menos “lo que no tienen” que “lo que no son”.

El individuo no puede ser reconocido porque vive un conflicto entre su propia situación personal y la mirada social por la cual puede ser considerado. Porque esta mirada social, que le identifica, ha dejado de definir su propia situación, el individuo no puede conformarse con lo que se espera de él. No encuentra las palabras para definirse, excepto utilizando las palabras de los demás que lo invalidan. Viene el momento en que el individuo se siente extranjero a sí mismo, porque no se reconoce entre, por una parte, lo que hace, y, por otra parte, lo que es. Vive una situación identitaria, porque no dispone de un registro colectivo de significado en el cual podría dar un sentido a sus comportamientos. En este sentido, las violencias urbanas no corresponden simplemente de la constitución de un problema social. Expresan un principio de dominación e incluso una nueva “relación de clase sin clase”.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BACHMANN, C. y LE GUENNEC, N. (1997), *Autopsie d'une émeute. Histoire exemplaire du soulèvement d'un quartier*. Paris: Albin Michel.
- BATTEGAY, A. y BOUBEKER, A. (1992), « Des Minguettes à Vaulx-en-Velin, fractures sociales et discours publics », *Les Temps modernes*, nº 545-536.
- BEAUD, S. y PIALOUX, M. (2003), *Violences urbaines, violences sociales*. Paris: Fayard.
- BECKER, H.S. (1985), *Outsiders. Etudes de sociologie de la déviance*. Paris: Métailié.
- BEGAG, A. (2002), *Les dérouilleurs*. Paris: Mille et unes nuits.
- BEGAG, A. y DELORME, C. (1994), *Quartiers sensibles*. Paris: Seuil.
- BODY-GENDROT, G. (1998), *Les villes face à l'insécurité. Des ghettos américains aux banlieues françaises*. Paris: Bayard.
- BORDET, J. (1998), *Les jeunes de la cité*. Paris: PUF.
- BORDREUIL, J.S. y PERALDI, M. (1997), *Précarité et mobilité dans les quartiers nord de Marseille. Rapport d'étude « extension de l'enquête INSEE Situations défavorisées, Marseille, Périmètre du grand projet urbain, LAMES/CIREJ/CNRS*.
- BOURGOIS, P. (2001), *En quête de respect. Le crack à New York*. Paris: Seuil.
- BRONNER, L. (2010), *La loi du ghetto*. Paris: Calman-Levy.
- BUI-TRONG, L. (1993), « L'insécurité des quartiers sensibles : une échelle d'évaluation », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, nº 14.
- BUI-TRONG, L. (2000), « Violences urbaines dans les quartiers sensibles », in MATTEI, M.F. y PUMAIN, D. (eds.), *Données urbaines*. Paris: Economica, pp. 123-136.

---

66. WIEVIORKA, M. (1999), *Violence en France*. Paris: Seuil.

- CHAZEL, F. (1985), « Mécanismes d'intégration et formes de déviance », *Encyclopedia Universalis*, pp. 652-656.
- CLOWARD, R.A. y OHLIN, L.E. (1960), *Delinquency and Opportunity. A theory of delinquent gangs*. New York: The Free Press.
- COHEN, A. (1955), *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. Glencoe: The Free Press.
- DONZELOT, J. et al. (1999), *Faire société. La politique de la ville aux Etats Unis et en France*. Paris: Seuil.
- DUBET, F. (1987), *La galère. Jeunes en survie*. Paris: Fayard.
- DUPREZ, D. y KOKOREFF, M. (2000), *Les mondes de la drogue*. Paris: Odile Jacob.
- DURET, P. (1996), *Anthropologie de la fraternité des cités*. Paris: PUF.
- DURET, P. (1999), *Les jeunes et l'identité masculine*. Paris: PUF.
- ESTERLE-HEDIBEL, M. (1997), *La Bande, le risque et l'accident*. Paris: L'harmattan.
- GHORRA-GOBIN, C. (2007), « La sous-représentation politique des habitants des quartiers pauvres : regard ancré dans la ville américaine », *Informations sociales*, n° 141, juillet 2004.
- HAMEL, C. (2003), « 'Faire tourner les meufs', Les viols collectifs : discours des médias et des agresseurs », *Gradhiva*, n° 33.
- JAZOULI, A. (1992), *Une saison en banlieue*. Paris: Plon.
- KOKOREFF, M. (2000), « Faire du business dans les quartiers. Eléments sur les transformations sociohistoriques de l'économie des stupéfiants en milieux populaires. Le cas du département des Hauts-de-Seine », *Déviance et Société*, vol. 24, n° 4, pp. 403-423.
- KOKOREFF, M. (2008), *Sociologie des émeutes*. Paris: Payot.
- LAGRANGE, H. (2001), *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*. Paris: Syros.
- LAPEYRONNIE, D. (2006), « Les émeutes urbaines en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 319, pp. 5-14.
- LE GOAZIOU, V. y LUCCHIELLI, L. (eds.), *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*. Paris: La Découverte.
- LEPOUTRE, D. (1997), *Cœur de banlieue*. Paris: Odile Jacob.
- MAUGER, G. (2006), *Les bandes, le milieu et la bohème populaire. Etudes de sociologie de la déviance des jeunes des classes populaires (1975-2005)*. Paris: Belin.
- MERTON, R.K. (1965), *Eléments de théorie et de méthode sociologique*. Paris: Plon.
- MOHAMMED, M. (2007), *La place des familles dans la formation des bandes de jeunes*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.
- MONJARDET, D. (1996), *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*. Paris: La Découverte.
- MUCCHIELLI, L. (2000), *Familles et délinquance. Un bilan pluridisciplinaire des recherches francophones et anglophones*. Dossier d'Etude, n° 9, Paris: CNAF.
- MUCCHIELLI, L. (2001), *Violences et insécurité*. Paris: La Découverte.
- ROBERT, P. (1999), *Le citoyen, le crime et l'Etat*. Genève-Paris: Droz.

- ROBERT, P. y LASCOUMES, P. (1974), *Les Bandes d'adolescents*. Paris: Editions Ouvrières.
- ROCHE, S. (2001), *La délinquance des jeunes*. Paris: Seuil.
- ROCHE, S. (2006), *La frisson de l'émeute. Violences urbaines et banlieues*. Paris: Seuil.
- ROY, O. (2005), « Intifada des banlieues ou émeutes de jeunes déclassés ? », *Esprit*,
- SUTHERLAND, E.H. y CRESSEY, D. (1966), *Principes de criminologie*. Paris: Cujas.
- TAFFERANT, N. (2007), *Le Bizness, une économie souterraine*. Paris: Le Monde-PUF.
- TRASHER, F.M. (1955), *The gang. A study of 1313 gangs in Chicago*. Chicago: Chicago University Press.
- VAN ZANTEN, A. (2001), *L'école de la périphérie. Scolarité et ségrégation en banlieue*. Paris: PUF.
- WIEVIORKA, M. (1999), *Violence en France*. Paris: Seuil.
- WILSON, W. (1987), *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass and Public Policy*. Chicago: Chicago University Press.





EGUZKILORE

Número 25.  
San Sebastián  
Diciembre 2011  
229-231

**TITULADOS EN EL POSTGRADO  
ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS  
DE EXPERIENCIAS TRAUMÁTICAS  
(2010-2011)**

\* \* \*

**TITULADOS EN EL PREGRADO  
DE DETECTIVE PRIVADO  
(2008-2011)**

El día 4 de noviembre de 2011 en el Auditorio “Antonio Beristain” del edificio Carlos Santamaría, Sede del IVAC/KREI, tuvo lugar el Acto solemne de apertura del curso 2011-2012 del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua. Dicho Acto contó con una nutrida asistencia de alumnos, así como de autoridades académicas, judiciales y políticas.

Como prólogo al desarrollo del solemne acto académico, celebrado en el marco del Encuentro Internacional “Hacia una justicia victimal”, en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain, el Director del IVAC/KREI pronunció unas breves palabras de agradecimiento y de felicitación a los nuevos titulados.

La conferencia solemne, sobre “*La justicia en un mundo global*”, fue pronunciada por el Excmo. Sr. D. Juan Calparsoro, Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

**RELACIÓN DE ALUMNOS TITULADOS EN EL CURSO 2010-11**  
**TÍTULO DE POSTGRADO EN ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS**  
**DE EXPERIENCIAS TRAUMÁTICAS**

Susana Abril Muñoz  
 Sandra Agúndez del Castillo  
 Miren Gurutze Ariznabarreta Atxa  
 Bihozne Arteche Sagaruy  
 Idoia Artuzamonoa Zurutuza  
 Maria Esparanza Ávila Rodríguez  
 Rubén Fraile Lasheras  
 Dayanna Irazusta Sarasola  
 Miriam Jiménez Armanedariz

Iosune Lus Zufía  
 Joana Martín González  
 Olatz Ormazabal Vázquez  
 Dorleta Alexandra Osaba Gil  
 Amaya Rodríguez Alfonso  
 Amaia Ruiz Ortubay  
 María Ullate Rodríguez  
 Maite Zabala Balsategui

Estos alumnos han cursado, junto con las materias troncales del título, (ver Memoria, apartado VII.I) las siguientes especialidades:

<b>Asistencia a Víctimas de Violencia en la Relación de Pareja y Doméstica</b>	<b>Asistencia a Víctimas de Terrorismo</b>
Susana Abril Muñoz Miren Gurutze Ariznabarreta Atxa Idoia Artuzamonoa Zurutuza Dayanna Irazusta Sarasola Miriam Jiménez Armendariz Iosune Lus Zufía Dorleta Alexandra Osaba Gil Amaya Rodríguez Alonso María Ullate Rodríguez Maite Zabala Balsategui	Sergio Santos Carrero Maite Zabala Balsategui

<b>Asistencia a Víctimas de Agresiones y Abusos Sexuales</b>	<b>Asistencia a Menores en situaciones de Riesgo y Desprotección familiar</b>
Susana Abril Muñoz Miren Gurutze Ariznabarreta Atxa Bihozne Arteche Sagaruy Idoia Artuzamonoa Zurutuza Esperanza Ávila Rodríguez Rubén Fraile Lasheras Miriam Jiménez Armendariz Iosune Lus Zufía Joana Martín González Amaia Ruiz Ortubay María Ullate Rodríguez Maite Zabala Balsategui	Susana Abril Muñoz Sandra Agúndez del Castillo Miren Gurutze Ariznabarreta Atxa Bihozne Arteche Sagaruy María Esperanza Ávila Rodríguez Rubén Fraile Lasheras Dayanna Irazusta Sarasola Joana Martín González Olatz Ormazabal Vázquez Amaya Rodríguez Alfonso Amaia Ruiz Ortubay Maite Zabala Balsategui

**RELACIÓN DE ALUMNOS TITULADOS EN EL TRIENIO 2008-2011****TÍTULO DE PREGRADO DE DETECTIVE PRIVADO**

Esteban Aguirrezabal Caballero  
Henri Hermna Beruck Jacques  
Ainhoa Bidea Castillo  
Cristina Buedo Guirado  
Matías Castilla Garzón  
Luis Fraile Toribio  
José Ignacio González Pérez  
Erramun Izagirre Irastortza  
Ismael Las Hayas Gil  
Alejandro López de Calle Tellería  
María Patricia López Rendo  
Francisco Javier Miqueleiz Ballesteros  
Javier Muñoz González  
Bernardo Ortega Almonte  
Sergio Pérez Berasategui  
Eduardo San Sebastián Fernández  
Xabier Tellería Astigarraga  
Javier Urbieto Fernández  
Rafael Viso Ortega



## **NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO DE HONOR DEL IVAC/KREI**

### **AL PROF. DR. DR. *h. c.* LUIS ARROYO ZAPATERO**

El día 11 de noviembre de 2010, en el marco del Acto de apertura del curso académico 2010-11 del Instituto Vasco de Criminología, celebrado en la sede del IVAC/KREI, en San Sebastián, se procedió al nombramiento de Miembro de Honor del IVAC/KREI, a perpetuidad, al Prof. Dr. Dr. *h. c.* Luis Arroyo Zapatero, Rector H. de la Universidad de Castilla La Mancha, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

La entrega de esta condecoración académica supone la continuación de la pauta iniciada por el IVAC/KREI hace treinta y dos años, cuando:

- el día 12 de junio de 1979, D. José Miguel de Barandiarán fue nombrado primer Miembro de Honor del Instituto. Con posterioridad, recibieron también este galardón, otorgado por el Instituto:
  - Prof. Dr. D. Julio Caro Baroja, día 28 de diciembre de 1988.
  - Excmos. Sres. D. Emilio Barberá Guillem, Rector Magnífico de la Universidad del País Vasco, y D. Juan Ramón Guevara Saleta, Consejero de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autónomo del Gobierno Vasco, el día 30 de junio de 1989.
  - Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y Presidente del Instituto Europeo de España, y el Profesor Doctor D. Reynal Ottenhof, Director del *Centre de Sciences Criminelles de la Université de Pau et des Pays de l'Adour*, el 14 de julio de 1990.
  - Sr. D. Jean Pinatel, Presidente H. de la Sociedad Internacional de Criminología, el 23 de noviembre de 1990.
  - Excmo. Sr. D. José Ramón Recalde, Consejero de Justicia del Gobierno Vasco, el 2 de julio de 1993.
  - Excmo. Sr. D. José Angel Cuerda, Alcalde de Vitoria-Gasteiz, el 30 de junio de 1995.
  - Excmo. Sr. D. Eduardo Chillida, el 27 de junio de 1996.

- El que fuera Profesor del IVAC/KREI y Psicólogo de la prisión de Martutene, Francisco Javier Gómez Elósegui –a título póstumo–, el 27 de junio de 1997.
- Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, Presidente de la Audiencia Provincial de Bilbao, el 10 de junio de 1998.
- Excmo. Sr. D. Juan José Goiriena de Gandarias, Catedrático de Fisiología y ex Rector de la UPV/EHU, el 25 de junio de 1999.
- Excma. Sr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Esther Giménez-Salinas, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, el 13 de julio de 2000.
- Prof. Dr. D. Tony Peters, Catedrático de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), el 19 de julio de 2002.
- Profesor Georges Picca, Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología (París), el 25 de junio de 2003.
- Profesor Denis Szabo, Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología, Montreal (Canadá), el 27 de junio de 2003.
- Ilmo. Sr. D. Luis Navajas, Fiscal del Tribunal Supremo, el 28 de octubre de 2003.
- Dr. D. José Luis Munoa, Profesor de Historia de la Medicina en la UPV/EHU, el 26 de octubre de 2004.
- Excma. Sr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Mercedes Agúndez, ex Ararteko, el 7 de noviembre de 2005.
- Ilmo. Sr. D. Alfonso Aya, Fiscal del Tribunal Supremo, el 30 de octubre de 2006.
- Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, el 22 de octubre de 2007.
- Prof. Dr. D. Luis Rodríguez Manzanera, Presidente de la Sociedad Mexicana de Criminología, Profesor de Criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México y de Victimología en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, el 17 de octubre de 2008.
- Prof. D. Miguel Alonso Belza, Abogado y Profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho donostiarra y del Instituto Vasco de Criminología, el 30 de octubre de 2009.

Antes de proceder a la entrega de la Medalla y el Diploma al nuevo Miembro de Honor, el Director del IVAC/KREI, Prof. Dr. D. José Luis de Cuesta, resumió los motivos que han llevado al Instituto Vasco de Criminología a conceder este nombramiento, como justo y obligado reconocimiento a la citada personalidad.

Tras concluir esta intervención, el Prof. Dr. Dr. h. c. D. Luis Arroyo Zapatero agradeció con generosas y emotivas palabras la entrega de este título de Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua.

EGUZKILORE

Número 25.  
San Sebastián  
Diciembre 2011  
235-283

**MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES  
DOCENTES E INVESTIGADORAS DEL  
INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA  
KRIMINOLOGIAREN EUSKAL INSTITUTUA**

**Octubre 2010 - Septiembre 2011**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN
- III. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
- IV. SEMINARIOS PERMANENTE DE INVESTIGACIÓN
- V. TESIS DOCTORALES
- VI. PUBLICACIONES
- VII. ACTIVIDADES DOCENTES Y ACADÉMICAS
  - VII.1. Curso de Postgrado
  - VII.2. Curso de Pregrado
  - VII.3. Cursos de Formación
  - VII.4. Cursos de Verano
  - VII.5. Jornadas y Congresos
  - VII.6. CONFERENCIAS DE PROFESORES DEL IVAC/KREI
- VIII. RELACIONES INTERNACIONALES
  - VIII.1. Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales (DMS International Research Centre)
  - VIII.2. Organizaciones nacionales e internacionales
  - VIII.3. Actividades realizadas por profesores miembros del IVAC/KREI
- IX. INTERCAMBIOS BIBLIOGRÁFICOS
- X. PREMIOS
- XI. CÁTEDRA ANTONIO BERISTAIN

## I. INTRODUCCIÓN

El IVAC/KREI es un Instituto Universitario Inter-departamental perteneciente a la UPV/EHU cuyas actividades prioritarias son la investigación, la formación especializada y la consultoría externa sobre todos los ámbitos relacionados con la Criminología. También se ocupa de la transferencia de conocimientos criminológicos y victimológicos al conjunto de la sociedad.

Por su decidida vocación internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología europeos, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

Ser un agente de cambio social constituye el compromiso que, desde las líneas de investigación que son descritas más adelante, el IVAC/KREI ha adquirido con el modelo de convivencia ciudadana que anhelamos: Trabajamos, en fin, por una sociedad más justa, más igualitaria y más respetuosa con las diferencias.

**NOTA:** Para más información sobre el IVAC/KREI puede consultarse el sitio web:  
<http://www.ivac.ehu.es>



## II. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

**Política criminal y prácticas penales:** La política criminal y las prácticas penales son analizadas en el IVAC/KREI, tanto en lo que concierne a sus aspectos teóricos como en el ámbito de sus aplicaciones. En esta línea caben destacar los trabajos que abordan la relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, la violencia conyugal y familiar, los tráficós penalmente ilícitos, aspectos criminológicos de la informática y de las nuevas tecnologías, delitos ecológicos, la política criminal en materia de drogas, los crímenes internacionales y la justicia penal internacional, las sanciones penales y la realidad de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma Vasca.

**Delincuencia juvenil y de menores:** El Instituto ha prestado siempre una especial atención a la problemática de los menores y jóvenes delincuentes, analizando las características de los sistemas de intervención, las sanciones aplicables, los sistemas procesales establecidos, las vías de evitación de la intervención judicial, la ejecución de las sanciones y la atención a las víctimas de este tipo de delincuencia. La evaluación de las medidas de internamiento y la innovación de las políticas de prevención de la delincuencia juvenil, en general, y la de los menores extranjeros, en particular, ocupan gran parte de nuestro interés.

**Percepción de inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia:** En el campo de la atención prestada a la seguridad, inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia se insertan, entre otros, los estudios e investigaciones que se realizan acerca de las representaciones sociales de la criminalidad y el desarrollo de instrumentos de evaluación de percepción de inseguridad. El estudio de los escenarios de conducta ha sido una de las perspectivas desarrolladas en esta línea de investigación. Así, la relación entre el sentido de identidad comunitaria o la cohesión vecinal con la percepción de inseguridad ha ocupado algunas de nuestras investigaciones más recientes.

**Ciencia policial y forense:** Se trabaja en diversas iniciativas orientadas a la mejora del servicio policial, tanto desde una perspectiva formativa como investigadora. En el área forense, el IVAC/KREI se interesa de manera específica por investigaciones relativas al perfil genético y las aplicaciones del análisis de ADN para la identificación genética. Por otra parte se están realizando importantes avances en el campo de la Psicología del testimonio, la criminología ambiental y la negociación policial en situaciones de emergencia.

**Victimología y justicia restaurativa:** La preocupación por la asistencia a las víctimas y el análisis de los procesos de victimización preocupa igualmente en el seno de la actividad investigadora del IVAC/KREI. También el análisis y evaluación de los mecanismos de mediación, conciliación y de justicia restaurativa. Por otra parte, la intervención psicosocial en catástrofes naturales constituye, igualmente, uno de nuestros ámbitos de trabajo.

### III. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

PROYECTO	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 2011-2013
<b>Directores</b>	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
<b>Equipo Investigación:</b>	Ana Isabel PÉREZ MACHÍO Norberto DE LA MATA BARRANCO
<b>Entidad Financiadora</b>	Ministerio de Educación y Ciencia
<b>Objetivos</b>	<p>Analizar la nueva propuesta de tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporada a la legislación española mediante la Ley Orgánica 5/2010. Compararla con las previsiones de Derecho comparado. Cuestionar la viabilidad de la propuesta, desde los problemas que van a generarse en su aplicación práctica, de carácter penal y de carácter procesal, sobre todo a partir de la ausencia de normativa reguladora de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Analizar el contexto criminológico y social en que se plantea la actuación delictiva dentro de estructuras empresariales organizadas. Y plantear la necesidad de exigir Programas de Cumplimiento Normativo que garanticen, preventivamente, que las Empresas hacen lo posible para que, en su seno, no se cometan delitos.</p>
<b>Palabras clave</b>	<p><i>Persona jurídica, compliance program, delitos de empresa, empresa y derecho penal, responsabilidad de persona jurídica, responsabilidad de administradores, art. 31 bis Código Penal</i></p>

PROYECTO	<b>PROPUESTA DE BORRADOR DE ANTE-PROYECTO DE LEY SOBRE PREVENCIÓN, ASISTENCIA E INSERCIÓN EN MATERIA DE DROGODEPENDENCIAS 2011</b>
<b>Directores</b>	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA
<b>Equipo Investigación:</b>	Xabier ARANA BERAESTEGUI, Izaskun ORBEGOZO OROÑOZ, Isabel GERMÁN MANCEBO
<b>Entidad Financiadora</b>	Departamento de Sanidad y Consumo - Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<p><u>Objetivo General</u></p> <p>Elaboración de la propuesta de borrador de anteproyecto de Ley sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias y seguimiento del proceso de elaboración de la futura Ley.</p> <p><u>Objetivos específicos</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Elaboración de las Bases de trabajo para propuesta de borrador de anteproyecto de Ley sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.</li> <li>• Organizar y liderar los grupos de trabajo que se constituyan para la elaboración de la nueva Ley en materia de Drogodependencias.</li> <li>• Recoger las conclusiones de los distintos grupos de trabajo y reflejarlos en la nueva Ley de Drogodependencias.</li> <li>• Elaboración de borrador de anteproyecto de Ley sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.</li> <li>• Elaboración de protocolos de inspección y sanción, en virtud de la tercera modificación de la Ley 18/1998 sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.</li> <li>• Estudio de las distintas Leyes vigentes (Ley de Servicios Sociales,...) que puedan afectar a la futura Ley en materia de drogodependencias.</li> <li>• Seguimiento del proceso de elaboración de la futura Ley (tramitación gubernativa y tramitación parlamentaria).</li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	<i>Drogodependencias, Legislación, prevención, asistencia, inserción.</i>

<b>PROYECTO</b>	<b>DESARROLLO DE ACTIVIDADES INVESTIGADORES Y DE SENSIBILIZACIÓN CON EL FIN DE IMPULSAR LA PAZ Y FORTALECER LA MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO 2010-2011</b>
<b>Directores</b>	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI César SAN JUAN GUILLÉN
<b>Equipo Investigación:</b>	Elía FERNÁNDEZ DÍAZ
<b>Entidad Financiadora</b>	Diputación Foral de Gipuzkoa
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Recopilar y analizar el material bibliográfico sobre las recomendaciones para orientar la respuesta institucional a la situación de las víctimas del terrorismo.</li> <li>• Actualizar la información sobre las iniciativas institucionales para el reconocimiento y solidaridad con las víctimas en el territorio histórico de Gipuzkoa.</li> <li>• Evaluar las políticas públicas de apoyo a las víctimas del terrorismo.</li> <li>• Identificar buenas prácticas para el impulso de la paz y el fortalecimiento de las víctimas del terrorismo.</li> <li>• Elaborar un informe sobre políticas públicas de apoyo a las víctimas del terrorismo.</li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	<i>Victimología, políticas públicas, víctimas del terrorismo</i>

<b>PROYECTO</b>	<b>PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN SOBRE PERCEPCIÓN DE INSEGURIDAD Y MAPAS DE CRIMINALIDAD 2011: ANÁLISIS LOCAL DE LA SEGURIDAD DESDE LA CRIMINOLOGÍA</b>
<b>Directores</b>	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI César SAN JUAN GUILLÉN
<b>Equipo Investigación:</b>	Gema VARONA MARTÍNEZ
<b>Entidad Financiadora</b>	Departamento de Interior - Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<p>Finalizado el trabajo de 2010 elaborado por la Dra. Gema Varona Martínez, contratada al efecto como doctora investigadora, desde el Instituto Vasco de Criminología se propone un análisis local de la seguridad en Barakaldo, incidiendo en los aspectos contextuales, los perfiles y las tendencias de la criminalidad y la victimación, y de carácter científico, actualizado, informado por las recomendaciones internacionales, interdisciplinar, aplicado, e innovador.</p> <p>Se trata del desarrollo de una auditoría de seguridad utilizando mapas electrónicos de cara a mejorar la intervención policial en esa localidad, partiendo de las recomendaciones internacionales específicas y los estudios revisados.</p>
<b>Palabras clave</b>	<i>Auditoría de seguridad, prevención local, investigación acción participativa</i>

PROYECTO	REALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN E INFORME DE JUSTICIA JUVENIL
<b>Directores</b>	José Luis DE LA CUESTA César SAN JUAN GUILLÉN
<b>Equipo Investigación:</b>	Estefanía OCÁRIZ PASSEVANT Nerea MARTÍN Estibaliz ZUBIALDE
<b>Entidad Financiadora</b>	Departamento de Justicia y Administración Pública - Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Acción 1: <i>Evaluación de la intervención educativa, Análisis del Delito y Perfil Psicosocial del menor infractor 2008/2012 (Fase I)</i></li> <li>- Acción 2: <i>Protocolo de recogida de información/Ficha del Menor infractor</i></li> <li>- Acción 3: <i>Apoyo para la elaboración de la Memoria de Justicia Juvenil 2010</i></li> <li>- Acción 4: <i>Proyecto de Centros Educativos (Fase II)</i></li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	<i>Menores, infracción penal, evaluación, medidas educativas</i>

PROYECTO	ACOSO LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO UPV/EHU Y SU PROTOCOLO DE ACTUACIÓN
<b>Investigador Principal</b>	José Luis DE LA CUESTA
<b>Equipo Investigación:</b>	Laura PEGO Ana Isabel PÉREZ
<b>Entidad Financiadora</b>	Osalan
<b>Objetivos</b>	Ministerio de Educación y Ciencia. <ul style="list-style-type: none"> <li>- Definir correctamente los conceptos relacionados con esta cuestión.</li> <li>- Valorar la aplicación de diferentes medidas tendentes a detectar y prevenir el acoso laboral por razón de género.</li> <li>- Sensibilizar a la comunidad universitaria sobre este problema</li> <li>- Dar publicidad a los mecanismos que se están implantando</li> <li>- Proponer modificaciones o nuevas medidas que permitan mejorar la efectividad de las ya existentes.</li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	<i>Acoso moral por razón de género, acoso sexual, género, Universidad, Protocolo contra el acoso moral</i>

<b>PROYECTO</b>	<b>DISEÑO DE UN PROGRAMA DE AYUDA AL RETORNO DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO OBLIGADAS A ABANDONAR EL PAÍS VASCO</b>
<b>Director</b>	José Luis DE LA CUESTA
<b>Equipo Investigación:</b>	César SAN JUAN Virginia MAYORDOMO Gemma VARONA
<b>Entidad Financiadora</b>	Dpto. de Interior - Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<p>Se persigue realizar el diseño fundamental de un Programa de ayuda al Retorno al País Vasco de las Víctimas que debieron abandonarlo por causa del Terrorismo, una reparación a las personas que tuvieron que abandonar el País Vasco ante la grave y efectiva victimación terrorista sufrida (incluidas las amenazas serias y probadas), que encuentra plenamente su base en el contenido de los arts. 5, 8 y 9 de la ley 4/2008.</p> <p>Se parte del hecho de que cuando se alude a “Retorno” se trata de favorecer el que personas que debieron abandonar el País Vasco puedan, si lo desean, volver a fijar su residencia en el mismo.</p> <p>Varios son los capítulos principales a repasar a la hora del diseño de un Programa de ayuda como el que se proyecta:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) En primer lugar, y como es obvio: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. la adecuada delimitación del ámbito de aplicación del mismo y, muy en particular, de los beneficiarios; y, por consiguiente</li> <li>b. el establecimiento de las vías de acreditación de las situaciones que legitimen la participación en el programa diseñado.</li> </ol> </li> <li>2) En segundo término, la exploración de las necesidades efectivas de los afectados.</li> <li>3) Para terminar, el repaso del contenido y alcance de las ayudas a prestar.</li> </ol>

<b>PROYECTO</b>	<b>TERRORISMO, VÍCTIMAS Y JUSTICIA VICTIMAL</b>
<b>Investigador Principal</b>	José Luis DE LA CUESTA
<b>Equipo Investigación:</b>	Coordinador: César SAN JUAN GUILLÉN Equipo: Virginia MAYORDOMO, Ana I. PÉREZ MACHÍO, Gema VARONA MARTÍNEZ, Laura PEGO OTERO
<b>Entidad Financiadora</b>	Dpto. de Interior, Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<p>En el plano de las llamadas macrovictimizaciones se acentúa la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– al reforzamiento de los derechos victimales (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria),</li> <li>– a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones, la tutela de la intimidad y</li> <li>– a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social..</li> </ul> <p>Entre las macrovictimizaciones, la terrorista alcanza una especial posición, debido a su alcance, gravedad y efectos.</p> <p>Un sistema jurídico que busque verdaderamente el reconocimiento, asistencia y reparación integral de las víctimas debería encaminarse hacia una verdadera y nueva “justicia victimal”, en las antípodas del Derecho penal tradicional, inspirada por el “paradigma reparador y reconciliador”, “innovadora y aplicadora de sanciones protectoras, reparadoras y dignificadoras de las víctimas”.</p> <p>El análisis de la legislación y la práctica a la luz de la justicia victimal resulta de particular interés en el ámbito del terrorismo en unos momentos como los que se viven en la actualidad en la C. A. del País Vasco.</p>
<b>Palabras clave</b>	<i>Víctima, terrorismo, Justicia Victimal, Justicia Restaurativa</i>

## Otros proyectos

El Prof. José Luis de la Cuesta participa en el proyecto “Study on the future institutional and legal framework of judicial cooperation in criminal matters in the EU” (Single point of contact. Spain), dirigido por G. Vermeulen, Institute for International Research on Criminal Policy, University of Ghent (Bélgica), DG Justicia de la Comisión Europea (JLS/2009/JPEN/PR/0028/E4), 2010-2011.

“Apoyo psicológico a mujeres en situación de vulnerabilidad”. Grupo Consolidado de Investigación en Psicología Clínica. Gobierno Vasco. 2010-2015. Investigadores: E. Echeburúa, P. Corral, K. Salaberría, P. J. Amor, M. Cruz, I. Loinaz y R. Polo-López. Código del proyecto: IT430-10.

La Profesora Izaskun Ibabe participa, como investigadora principal, en el proyecto “Violencia filio-parental. Factores de riesgo y protección en el contexto familiar”, Subvencionado por el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, Gobierno Vasco (10.XI.2010-31.XII.2011). Igualmente participa como investigadora en los proyectos “Reagrupación familiar de mujeres inmigrantes en la CAPV: indicadores de éxito y fracaso” (23.06.2010-31.12.2010) y “Evaluación de los procesos de adaptación escolar de los adolescentes inmigrantes de primera generación en la CAPV”, subvencionados por el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales (03.05.2010-31.12.2011).

La Profesora Virginia Mayordomo Rodrigo participa, como investigadora, en el proyecto “Nuevas perspectivas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas”. Referencia: der2010-15605 (Subprograma JURI). Investigador principal: Carlos Fernández de Casadevante Romani. Organismo: Universidad Rey Juan Carlos. Centro: Dpto. Derecho Publico. Tipo de Proyecto: B: Duración: 3 años (2011-13).

El Prof. Carlos Fernández de Casadevante Romani dirige el proyecto de investigación: “El estatuto jurídico de las víctimas del terrorismo en Europa”, Programa de Creación y Consolidación de Grupos de Investigación URJC-Comunidad de Madrid, Convocatoria 2010, Referencia CCG10-URJC/HUM-5472, Investigador Principal, Bloque Temático: Ciencias Sociales y Humanidades, plazo de ejecución: del 01-01-2011 al 31-12-2011. Equipo: Rogelio Alonso Pascual, Julia Ruiloba Alvario, Marina Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch, Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo.

## IV. SEMINARIOS PERMANENTES DE INVESTIGACIÓN

**El día 23 de octubre de 2010** (sábado) se celebró en la sede del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua el Seminario Permanente de Investigación, de acuerdo al siguiente programa:

### PRESENTACIÓN

### PARTE EXPOSITIVA

- |             |  |
|-------------|--|
| 10:00-10:30 | Ponencia a cargo del Profesor Alberto Saíz Garitaonandia: “Secreto de las comunicaciones en relación con el teléfono móvil”. |
| 10:30-11:00 | Debate.  |
| 11:00-11:15 | Descanso.  |



## PARTE INFORMATIVA

- 11:15-12:15 Debate: Aspectos relativos a la continuidad o no del Seminario Permanente.
- 12:15-12:45 Ruegas y preguntas.

**El 1 de febrero de 2011** (martes) tuvo lugar en la sede del Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua el Seminario Permanente de Investigación con el siguiente orden del día:

### PRESENTACIÓN

#### PARTE EXPOSITIVA

- 16:00-16:30 Ponencia a cargo de la Dra. Gema Varona: "Percepción de inseguridad y mapas de criminalidad".
- 16:30-17:30 Debate
- 17:30-18:00 Descanso
- 18:00-19:00 Cuestiones varias

**El 10 de mayo de 2011** (martes) se celebró el Seminario Permanente de Investigación en el Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua, cuyo programa fue el siguiente:

### PRESENTACIÓN

#### PARTE EXPOSITIVA

- 16:00-16:30 Ponencia a cargo de la Dra. Ana Isabel Pérez Machío y de la Investigadora Laura Pego: "La detención incomunicada en relación a los delitos de terrorismo".
- 16:30-17:30 Debate
- 17:30-18:00 Descanso
- 18:00-19:00 Cuestiones varias

## V. TESIS DOCTORALES

En este curso académico se han dado lectura a las siguientes Tesis Doctorales:

El investigador del IVAC/KREI, D. Xabier ARANA BERASTEGUI, ha defendido su Tesis Doctoral, el 4 de febrero de 2011, bajo el título "*Los discursos de las sentencias sobre el tráfico ilícito de drogas (Audiencia Provincial de San Sebastián, década de los años ochenta)*", con la calificación de Sobresaliente *cum laude*, mención Doctor Europeus y dirigida por el Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Lagua.

La profesora D.<sup>a</sup> Luz MUÑOZ GONZÁLEZ, Profesora Titular de Derecho Penal y Miembro del Instituto Vasco de Criminología, defendió su Tesis Doctoral titulada "*Los impagos asociados a las crisis de pareja: estudio jurídico-penal y reflexión político-criminal*", el pasado 13 de julio de 2011, con la calificación Sobresaliente *cum laude* bajo la dirección del Profesor Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi.

## VI. PUBLICACIONES

### CUADERNO DEL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA

- AA.VV., *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 24, 2011, 320 pp.

### LIBROS

- Amor, P.J., Corral P., Bohórquez, I.A., Oria, J.C., Rodríguez, M., López, F. y Calderón, D. (2010). *Violencia de género y adicción a drogas en Centros de Día*. Sevilla: Junta de Andalucía, 110 pp.
- Carlos Fernández de Casadevante Romaní (2010): *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, (Director), Dilex, Madrid, 523 pp.
- Carlos Fernández de Casadevante Romaní (2011): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, obra colectiva dirigida por C. Fernández de Casadevante Romaní, Dilex, 4ª ed., Madrid, 889 pp.
- Carlos Fernández de Casadevante Romaní (2011): *El Derecho Internacional de las Víctimas*, Porrúa, México, 307 pp.
- Norberto de la Mata (2010): *Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, (en colaboración con Ángel Juanes, Emilio Cortés y Ángel Hurtado). El Derecho, Madrid, 363 pp.

### ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES NACIONALES

- Xabier Arana (2011): "Refrescar la memoria". *Memoria 2010*. Donostia: Proyecto Hombre de Gipuzkoa, Fundación Izan, p. 36.
- José Luis de la Cuesta, "Intervención del Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta" en el Premio Euskadi de Investigación 2009, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2010, pp. 244-249; Ídem, "Bioterrorismo", en C.M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 298-304; Ídem "Prólogo" a M. Jimeno Bulnes (coord.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Oden de detención europea y garantías procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 13-15.
- Enrique Echeburúa y Paz de Corral (2010): "Violencia en las relaciones de pareja: un análisis psicológico" en J.R. Agustina (Ed.), *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Edisofer, Madrid, pp. 135-164.
- Enrique Echeburúa, R. Bravo de Medina, y J. Aizpiri (2010): "Trastornos de la personalidad en pacientes adultos jóvenes dependientes del cannabis en tratamiento: un estudio comparativo". *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 18, 229-239.
- R. Bravo de Medina, Enrique Echeburúa, y J. Aizpiri (2010): "Características psicopatológicas y dimensiones de personalidad en pacientes adultos jóvenes dependientes del cannabis en tratamiento: un estudio comparativo". *Adicciones*, 22, 245-252.

- P.J. Amor, Enrique Echeburúa y M.A. Carrasco. (2010): “Psicología forense y derecho penal (III): daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, en B. García Rodríguez, M.A. Carrasco y A. Serrano (Eds.), *Psicología forense. Ámbitos de aplicación* (Vol. 2), Sanz y Torres, Madrid, pp. 87-116.
- Enrique Echeburúa (2011): “Las raíces psicológicas de la violencia”, en J. Sanmartín, R. Gutiérrez Lombardo, J. Martínez Contreras y J.L. Vera (Eds.), *Reflexiones sobre la violencia*, Siglo XXI, México, DF, pp. 34-43; Ídem (2010). El juego patológico en el marco de las adicciones sin drogas. En E. Echeburúa, E. Becoña, F.J. Labrador y F. Gaudium (Eds.), *El juego patológico. Avances en la clínica y en el tratamiento*. Pirámide. Madrid, pp. 31-40; Ídem (2011): “Tratamiento psicológico de los agresores sexuales: resultados obtenidos, reincidencias y dilemas éticos planteados”, en A. Medina, M.J. Moreno y R. Lillo (Eds.), *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley.*: Triacastela. Madrid.
- Enrique Echeburúa y I Loinaz, (2011): “Violencia y trastornos mentales”, en P. García Medina, J.M. Bethencourt, E. Sola, A.R. Martín y E. Armas (Eds.), *Violencia y psicología comunitaria. Aspectos psicosociales, clínicos y legales*, Comares, Granada pp. 1-22.
- I. Loinaz, Enrique Echeburúa y M. Irureta (2011): “Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta”. *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 19, 421-438.
- Enrique Echeburúa y Cristina Guerraechevarría (2011): “Tratamiento psicológico de las víctimas de abuso sexual infantil intrafamiliar: un enfoque integrador”. *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 19, 469-486.
- José Francisco Etxeberria Guridi y Isusko Ordeñana Guezuraga (2010): “Zigor-Bitartekaritza Espainian egokiro arautzeko eredu en bila: zigor-bitartekaritza Frantzia” en *Uztaro*, núm. 75, pp. 89-110,
- José Francisco Etxeberria Guridi (2010): “Kautelazko zigor-neurriak Europako eremuan” en *Berdintasuna eta jurisdikzioa*, Ed. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 203-230; Ídem (2011): “La Víctima como testigo en el proceso penal” en *Victimas en distintos ámbitos del Derecho* Ed. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 161-201; Ídem (2011): “La Sentencia del TEDHS. y Marper c. Reino Unido, de 41 de diciembre de 2008, sobre ficheros de ADN, y su repercusión en la normativa española” en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Ed. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 1-13; Ídem (2011): “Protección de datos personales y cooperación judicial penal: La Decisión Marco 2008/997/JAI del Consejo de UE” en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Ed. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 1-15.
- Carlos Fernández de Casadevante Romani (2010): “La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités”, en la obra colectiva de C. Escobar Hernández (dir.), A. Pastor Palomar (coord.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, nº 16, 2010, ISSN: 1576-2432, pp. 179-198; Ídem (2010): “El Comisario de Derechos Humanos”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, (Director), Dilex, Madrid, pp. 481-524; Ídem (2010): “El Terrorismo: Crimen contra

la Humanidad,” *Fundación Miguel Angel Blanco, Acción Internacional*, Madrid, pp. 19-23; Ídem (2010): “La práctica española relativa a los órganos internacionales de control de los derechos humanos: un estudio introductorio”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, (Director), Dilex, Madrid, 2010, pp. 17-47; Ídem (2011): “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 67-98; Ídem (2011): “El sistema europeo: el Consejo de Europa y los derechos individuales”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 187-221; Ídem (2011): “El sistema americano: la Convención Americana de 22 de noviembre de 1969”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 255-275; Ídem (2011): “El sistema africano: la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 277-291; Ídem (2011): “Régimen jurídico internacional de la lucha contra la discriminación racial”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 295-311; Ídem (2011): “Régimen jurídico internacional de la lucha contra la Tortura (I)”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 313-351; Ídem (2011): “Régimen jurídico internacional de la lucha contra la Tortura (II)”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 352-386; Ídem (2011): “Régimen jurídico internacional de la lucha contra la desaparición forzada de personas”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 389-419; Ídem (2011): “Los derechos de las personas con discapacidad”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 475-496; Ídem (2011): “Los derechos humanos en la Unión Europea”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 553-568; Ídem (2011): “Las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno español”, en la obra colectiva dirigida por Fernández de Casadevante Romani, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4º ed., Dilex, Madrid, pp. 571-594.

- Iñaki Esparza Leibar (2010): “El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la Justicia en la resolución de conflictos”, en *La resolución alternativa de conflictos* (Segunda edición de las Jornadas “Justicia con ojos de mujer”). Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 53-74; Ídem (2011): “Videovigilancia y protección de datos personales al margen de la LO 4/1997”, en *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 269-289.

- Virginia Mayordomo (2010): “El Comité para la eliminación de la discriminación racial: examen de los informes presentados por España”, en Carlos Fernández de Casadevante (coord.), *España y los órganos de control en materia de Derechos Humanos*, ed. Dilex, S.L., Madrid, pp. 125-200; Ídem (2010): “El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: examen de los informes presentados por España”, en Carlos Fernández de Casadevante (coord.), *España y los órganos de control en materia de Derechos humanos*, ed. Dilex, Madrid, pp. 257-298; Ídem (2010): “Instrumentos legales contra la discriminación racial en España”, en *Documentación Social. Revista de de estudios sociales y de sociología aplicada*, nº 159, pp. 211-230.
- Izaskun Ibabe y J. Jaureguizar (2011): “¿Hasta qué punto la violencia filio-parental es bidireccional?” En *Anales de Psicología* 27, pp. 265-277.
- Norberto de la Mata Barranco (2010): “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 20, pp. 13-78; Ídem (2010): “Protección penal del ambiente”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Ed. Colex, Madrid, pp. 221- 245; Ídem (2010): “Delitos contra la ordenación del territorio: regulación legal y alternativas vigentes”, en *II Jornadas sobre legalidad territorial y urbana*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente-Cabildo de Lanzarote, Lanzarote, pp. 94-109; Ídem (2010): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (Situación Jurídico-Penal Del Empresario)*, Ed. El Derecho, Madrid, pp. 67-90; Ídem (2010): “El delito de daños a datos, programas, documentos y sistemas informáticos”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (Situación Jurídico-Penal Del Empresario)*, Ed. El Derecho, Madrid, pp. 149-178; Ídem (2010): “Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (Situación Jurídico-Penal Del Empresario)*, Ed. El Derecho, Madrid, pp. 265-278; Ídem (2010): “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (Situación Jurídico-Penal Del Empresario)*, Ed. El Derecho, Madrid, pp. 289-318; Ídem (2011): “Caso de la Central de Cercs”, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Coordinador: Pablo Sánchez-Ostiz, Ed. La Ley, Madrid, pp. 319-334; Ídem (2011): “Los delitos sobre la ordenación del territorio tras las reforma de la LO 5/2010”, en *Política criminal en el proceso de vertebración de España*, Ed. Univ. de Cantabria y Parlamento de Cantabria, Santander, pp. 75- 89; Ídem (2011): “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica jurídica (con especial referencia al cómputo de los plazos legales)”, en *Revista General de Derecho Penal Iustel*, nº 16, (en colaboración con L. Hernández Díaz), pp. 1 ss.; Ídem (2011): “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, en *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 87 (en colaboración con M. Bilbao Lorente y M. Algorta Borda), pp. 1 ss.
- Ana I. Pérez Machío (2010): “Comentarios a los delitos de tráfico de influencia”, en *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 1597-

1606; Ídem (2010): “Comentarios a los delitos contra la integridad moral”, en *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 675-683 y 691-700; Ídem (2011): “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXX*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, pp. 317-355.

## ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES INTERNACIONALES

- Xabier Arana, V. Motañés (2010): “Cannabis cultivation in Spain. The case of Cannabis Social Clubs”. *World Wide Weed: Global Trends in Cannabis Cultivation and Control*. T. Decorte, G. Potter, M. Bouchard (Eds.). United Kingdom: Ashgate Publishers. Chapter 10, 284-307.
- José Luis de la Cuesta, “La legislación española sobre memoria histórica”, en *Studi in onore di Mario Pisani* (a cura di P. Corso e E. Zanetti), vol. II. *Diritto processuale penale e profile internazionali. Diritto straniero e Diritto comparato*, ISBN 978-88-6132-591-3, Casa Editrice La Tribuna, Milano, 2010, pp. 815-834; Ídem “La ‘normalisation’ des drogues dans un État social et démocratique de Droit”, en M.L. Cesoni, M-S. Devresse (éd.), *La détention de stupéfiants entre criminalisation et décriminalisation*, Academic Press Fribourg, ISBN 978-2-8271-1064-3, Fribourg Suisse, 2011, pp. 225-242; Ídem “Le système pénitentiaire espagnol”, en J.P. Céré et C.E.A. Japiassú (dirs.), *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, ISBN : 978-2-247-10138-2, 2ª ed. Dalloz, Paris, 2011, pp. 123-148 (en colaboración con I. Blanco Cordero); Ídem “Pena de muerte y drogas”, *Gaceta Penal & procesal penal*, Lima (Perú), ISSN 2075-6305T.20, febrero 2011, pp. 72-81; Ídem “Ciberdelincuentes y cibervíctimas”, *Gaceta penal & procesal penal*, Lima (Perú), T. 26, agosto 2011, ISSN 2075-6305, pp. 143-158.
- Enrique Echeburúa, J.M. Muñoz y I Loinaz (2011): “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11, 141-159.
- Iñaki Esparza Leibar (2011): “Les procédures d’exception, le jugement et l’exécution de la peine en Espagne”, en *Procédures pénales d’exception et droits de l’homme L’Harmattan*, Paris, pp. 215-220.
- Carlos Fernández de Casadevante Romaní (2010): “La protección de los derechos humanos y la prohibición de la tortura en Europa y América. Un análisis comparado”, en la obra colectiva coordinada por A von Bogdandy, F. Piovesan y M. Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro pp. 245-264; Ídem (2010): “La justicia constitucional y la defensa de la democracia en la lucha contra el terrorismo: la ilegalización de partidos políticos en España”, en la obra colectiva coord., por Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E., y Antoniazzi, M.M., *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Tomo I, pp. 731-763; Ídem (2010): “International Law of Victims”, *Max Planck Yearbook of United*



*Nations Law*, Volume 14, pp. 219-272; Ídem (2010): “The International Statute of Victims of Terrorism”, en la obra colectiva *Victims in Europe, Victim Support Europe*, Lisboa, pp. 50-70.

- Izaskun Ibabe (2010): “Child-to-parent violence: profile of abusive adolescents and their families”, en *Journal Criminal Justice* 38, pp. 316-624.
- Norberto de la Mata Barranco (2011): “Problemas de tipificación de los delitos informáticos”, en *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje al Klaus Tiedemann*, José Urquizo Olaechea, Manuel Abanto Vázquez y Nelson Salazar Sánchez (Coordinadores), Ed. USMP, Lima (Perú), pp. 373- 412 (en colaboración con L. Hernández Díaz); Ídem (2011): “El Derecho penal frente a nuevas realidades criminales: el ejemplo del denominado sabotaje informático”, en *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*. Hernán Hormazábal (Coordinador), Ed. Ubijus, México, (en colaboración con L. Hernández Díaz), pp. 631-657.
- Ana I. Pérez Machío (2010): “Chronique Bibliographique”, en *Revue Internationale de Droit Pénal. La Révision du Statut de la Cour Pénale Internaitonale: Meilleures pratiques et défis futurs, année 81*. Toulouse, pp. 363-372; Ídem (2010): “Chronique Bibliographique”, en *Revue Internationale de Droit Pénal. La Révision du Statut de la Cour Pénale Internaitonale: Meilleures pratiques et défis futurs, année 81*. Toulouse, pp. 673-686.
- Bárbara Torres Gómez de Cádiz, I. Alonso-Arbiol, M.J. Cantero, y A. Abubakar, (2011). Infant-Mother Attachment can be improved through Group Intervention: A Preliminary Evaluation in Spain in a Non-Randomized Controlled Trial. *Spanish Journal of Psychology* 14(2), 630-638.

## VII. ACTIVIDADES DOCENTES Y ACADÉMICAS

### VII.1. CURSO DE POSTGRADO

#### TÍTULO PROPIO DE POSTGRADO DE ESPECIALISTA EN ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE EXPERIENCIAS TRAUMÁTICAS (Curso 2010-2011)

Este Título Propio de Postgrado, organizado por el IVAC/KREI bajo la dirección de las Profesoras Virginia Mayordomo y M<sup>a</sup> Soledad Cruz, cuenta con el apoyo de las Direcciones de Víctimas del Terrorismo y de Derechos Humanos del Gobierno Vasco.

La investigación y la docencia desarrolladas sobre los problemas psicológicos y sociales de las víctimas de sucesos traumáticos progresivamente va incrementándose. Se va prestando una mayor atención a las víctimas, lo que contribuye a ir exigiendo, cada vez, una mayor formación en aquéllos profesionales que trabajan en relación con las mismas.

Este título de Especialista trata de cubrir el hueco que tradicionalmente ha habido en cuanto a la formación profesional rigurosa de quienes se ocupan de las víctimas. Está dirigido a estudiantes recién licenciados que quieran encaminar sus pasos por el ámbito de la Victimología o a profesionales que, de una manera u otra, están en contacto con las víctimas y que quieren ampliar sus conocimientos para ayudarlas de una forma más efectiva.

## Objetivos

- Formar a los asistentes en el campo de la asistencia a víctimas de sucesos traumáticos, ofreciendo una visión integradora de la actuación necesaria, que incluya medidas de intervención psicológica, médica, social y legal.
- Analizar las consecuencias psicológicas de los sucesos traumáticos en función del tipo de acontecimiento y de las diferencias individuales y sociales de las víctimas.
- Enseñar a los alumnos a detectar y a evaluar los problemas psicológicos de las víctimas, así como a analizar sus recursos psicológicos.
- Establecer los objetivos terapéuticos a corto y largo plazo en la intervención con las víctimas.
- Formar a los asistentes en los programas de intervención terapéutica en el ámbito de la atención integral a las víctimas.
- Dar a conocer las redes de apoyo psicológico, social y sanitario a las víctimas en el País Vasco.
- Enseñar a los alumnos la legislación básica en el ámbito de asistencia a las víctimas.

Tiene una carga crediticia de: 30 créditos:

- 18 créditos obligatorios de carácter general: Victimología (7 crs); Intervención psicológica sobre víctimas (6 crs.); Aspectos jurídicos de la asistencia a la víctima (5 crs.).
- 7 créditos obligatorios correspondientes al módulo de la especialidad elegida: Programa de asistencia a las víctimas de terrorismo; Programa de asistencia a las víctimas de maltrato infantil, agresiones y abusos sexuales; Programa de asistencia a las víctimas de violencia en la relación de pareja y doméstica.
- 5 créditos del trabajo final del Título.

No obstante, aquellos alumnos que deseen obtener la titulación de dos especialidades, deben cursar y superar los 7 créditos obligatorios de cada una de las dos especialidades y presentar dos trabajos finales, uno por especialidad.

\* \* \*

El Solemne Acto de comienzo de curso académico 2010-2011 tuvo lugar en la sede del IVAC/KREI, en San Sebastián, el 11 de noviembre, a las 19:00 horas, en el Salón de Actos del Instituto. En este Acto Académico intervinieron:

- Prof.<sup>a</sup>. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Soledad CRUZ, Co-directora del Título Propio de postgrado de Especialista en Asistencia a Víctimas de Experiencia Traumáticas.
- Prof. Dr. D. José Luis de la CUESTA, Director del Instituto Vasco de Criminología.
- Ilma. Sr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Celina PEREDA, Directora de Drogodependencias del Gobierno Vasco.
- Ilmo. Sr. D. Rafael ITURRIAGA, Viceconsejero de Seguridad del Gobierno Vasco.
- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Luis ARROYO ZAPATERO, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social.
- Excma. Sr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Cristina URIARTE, Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU.



Tras la lectura de un resumen de la Memoria de actividades del IVAC/KREI, realizada por la Prof.<sup>a</sup>. D.<sup>a</sup> Isabel Trespaderne, miembro del Consejo de Dirección del Instituto, tuvo lugar la conferencia del Excmo. Sr. D. Luis ARROYO ZAPATERO, Rector H. de la Universidad de Castilla La Mancha, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social sobre:

*“Hacia una moratoria universal de la pena de muerte”*

En el transcurso de este solemne acto se procedió al nombramiento de Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, a perpetuidad, al Excmo. Sr. D. Luis ARROYO ZAPATERO.

A continuación tuvo lugar la entrega del Premio Jean Pinatel al mejor trabajo de investigación Criminológica, patrocinado por KUTXA, a la Dra. en Psicología, D.<sup>a</sup> Laura VOZMEDIANO SANZ por su trabajo *“Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: Propuestas para una medición”*. La entrega de este Premio fue realizada por el responsable de Relaciones Institucionales de KUTXA, D. Iñaki ALMANDOZ.

Antes de proceder a la entrega de diplomas a los alumnos titulados en el Curso de Pregrado en Detective Privado y del Curso de Postgrado de Especialista en Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas, la profesora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Soledad CRUZ, co-directora del Título Propio de postgrado de Especialista en Asistencia a Víctimas de Experiencias Traumáticas pronunció unas breves palabras. Posteriormente tuvo lugar la intervención de las alumnas tituladas D.<sup>a</sup> Gentzane ELÓSEGUI y D.<sup>a</sup> Jokine PERALTA.

Para finalizar el acto, la Excmo. Sr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Cristina Uriarte, Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa pronunció unas breves palabras de clausura.

\* \* \*

## **VII.2. CURSO DE PREGRADO**

### *TÍTULO DE PREGRADO EN DETECTIVE PRIVADO (2008-2011)*

En la sociedad actual, son múltiples los problemas y situaciones (filiación, separaciones, búsqueda de personas, herencias, problemas empresariales, financieros, de seguros, contenciosos incluso de carácter judicial...) en los que contar con una certera información acerca de lo realmente sucedido o del comportamiento ajeno resulta de la mayor importancia si se quiere acertar a la hora de la adopción de múltiples decisiones de carácter personal, familiar, económico y empresarial.

Son tareas legalmente reconocidas como de la competencia del investigador privado, asumir los encargos de:

- a) Obtención y aportación de información y pruebas sobre conductas o hechos privados.
- b) Investigación de delitos perseguibles solo a instancia de parte por encargo de los legítimos en el proceso penal.

- c) Vigilancia y control en ferias, hoteles, exposiciones o ámbitos análogos; esto sin perjuicio y con pleno respeto de las funciones propias que correspondan a las empresas y personal de seguridad.

No corresponde, con todo, a los detectives privados, realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, que, en su caso, deben denunciar poniendo a disposición de la autoridad toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido.

El desarrollo de estas funciones requiere una previa formación técnica, así como un exquisito respeto de los derechos de los investigados, pues los detectives privados en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o la propia imagen o al secreto de las comunicaciones.

### **Competencias específicas:**

Las competencias específicas de este Curso son las siguientes:

- Comprender la estructura y el funcionamiento del sistema institucional en relación con el ejercicio de las funciones investigadoras y de vigilancia competencia de los detectives privados
- Iniciarse en el conocimiento y comprensión de la regulación jurídica de determinadas áreas de la vida social especialmente conectadas con el ejercicio de su profesión: sistema penal, relaciones civiles y familiares, relaciones mercantiles y laborales, derecho administrativo y de la seguridad
- Conocer las bases jurídicas reguladoras de legislativo y las instituciones políticas en el ámbito de los derechos humanos
- Adquirir destrezas socio-profesionales a partir de los conocimientos criminológicos, de psicología y sociología, así como de la necesaria reflexión sobre la deontología profesional del detective
- Especializarse desde un punto de vista técnico-profesional, mediante la adquisición de conocimiento y prácticas de policía científica, criminalística, identificación, documentoscopia, lofoscopia, analítica, etc.

### **Contenido**

El Pregrado Universitario en Detective Privado incluye las materias determinadas por la Secretaría de Estado de Interior, y comprende ciento ochenta créditos, desarrollados durante tres cursos lectivos.

Se trata de un programa fundamentalmente on line, completado por sesiones presenciales y periodos de prácticas:

- Clases teórico-prácticas (línea virtual, presencialidad, tutorización y resolución casos/trabajos individuales)
- Prácticas específicas en laboratorios, visitas...
- Seminarios, a través de los monográficos organizados por el Instituto Vasco de Criminología y otros créditos de libre elección
- Trabajo final tutorizado

## **Programa académico**

El programa académico del Título de Pregrado en Detective Privado está dividido en tres grandes áreas:

### **ÁREA JURÍDICA**

Derecho Constitucional  
Derecho Penal  
Derecho Procesal Penal  
Derecho Civil  
Derecho Laboral  
Derecho Mercantil  
Derecho Administrativo y policial  
Derecho de la Seguridad

### **ÁREA TÉCNICO PROFESIONAL**

Policía científica y Criminalística  
Prácticas de identificación lofoscópica  
Prácticas de documentoscopia y grafología  
Prácticas de analítica  
Prácticas de investigación  
Imagen, Sonido  
Transmisiones  
Medicina Legal

### **ÁREA SOCIOPROFESIONAL**

Ciencias Sociales  
Ciencias Criminológicas  
Psicología aplicada  
Deontología

Cada curso académico comprende una carga lectiva de 60 créditos, que se distribuyen en las siguientes materias:

#### **PRIMER CURSO:**

Derecho Constitucional, Derecho Penal I, Derecho Civil, Derecho Administrativo y Policial, Ciencias Sociales I, Ciencias Criminológicas, Psicología aplicada, Seminarios y créditos de libre elección.

#### **SEGUNDO CURSO:**

Derecho Penal II, Derecho Procesal Penal, Derecho Laboral, Derecho Mercantil, Derecho de la Seguridad, Ciencias Sociales II, Criminología II, Psicología jurídica y forense, Policía Científica y Criminalística, Prácticas de identificación lofoscópica, Seminarios y créditos de libre elección.

### **TERCER CURSO:**

Derecho Penal del Menor, Criminología aplicada (ambiental), Deontología, Policía científica y criminalística, Prácticas de documentación y grafología, Prácticas de analítica, Prácticas de investigación, Imagen y sonido, Transmisiones, Medicina Legal, Trabajo final.

## **VII.3. CURSOS DE FORMACIÓN**

El Instituto Vasco de Criminología en colaboración con la Academia de Policía del País Vasco y la Fundación Euskoiker ha organizado, con el objetivo de formar a sus alumnos de las distintas escalas, la impartición de los siguientes cursos:

### ***VII.3.1. Curso de Formación de Comisarios y Comisarias de la Ertzaintza***

Celebrado en Arkaute-Álava, del 14 de marzo al 15 de abril de 2011. El programa desarrollado fue el siguiente:

- Introducción temas y metodología del curso.
- Globalización y justicia penal.
- Derecho Penal del Menor.
- Modelos de Resolución de Conflictos
- Victimología: Bases conceptuales. Especial referencia a la intervención policial.
- Tipos de victimización: Legislación y perfiles
- Calidad en la gestión. Habilidades directivas. Recursos humanos.
- Criminología: Bases conceptuales y operativas.
- Avances en Criminología: Delitos violentos.
- Gestión de conflictos en las organizaciones
- Plan Vasco de Justicia Juvenil. MENAS. Problemática y Políticas de Intervención.
- Organización y administración de Empresas. Procedimientos Administrativos. Contrataciones.
- Contabilidad Aplicada. Presupuestos
- Protección de Datos: Aspectos Jurídicos, Técnicos y Criminológicos.
- Cibercriminalidad: Aspectos Jurídicos y Criminológicos
- Prevención de Riesgos Laborales: Seguridad e Higiene Laboral.
- Estrés Labora. Síndrome del Quemado. Reconocimiento de síntomas.
- Reformas Penales y Política Criminal: Nuevas tendencias en el proceso penal.
- Aspectos Jurídicos y Criminológicos de las drogodependencias y otras adicciones.
- La reducción de riesgos y daños en materia de drogas
- Dirección Estratégica y liderazgo: estilos de dirección y comunicación eficaz.

- Prevención de la Violencia contra las mujeres.
- Principios de Psicología Criminal. Aplicaciones en investigación policial.
- Violencia intrafamiliar: aspectos jurídicos y criminológicos. Prevención. Valoración de Riesgos en atestados.
- Estadística descriptiva. Normalidad estadística. Estadísticas policiales. Percepción de inseguridad y miedo al delito.
- Entorno urbano y delincuencia: Utilización de SIG.
- Gestión de equipos de trabajo e innovadores.
- Valoración del curso y conclusiones.

Los profesores responsables de la docencia han sido: Miguel Alonso, José Luis de la Cuesta, Norberto de la Mata, Patxi Etxeberria, Isabel Germán, Patricia Insúa, Virginia Mayordomo, Miembro de Arkaute, Miembro de la Dirección de Violencia de Género - Gizonduz, Estefanía Ocariz, Yosú Ortego, Ana Pérez, Alberto Sáiz, César San Juan, Xabier San Sebastián, Iñaki Subijana, Gema Varona y Laura Vozmediano

### ***VII.3.2. Curso de Capacitación habilitante para el acceso a la Escala Ejecutiva de la Ertzaintza y a la Categoría de Comisario y Subcomisario de la Escala Técnica de los Cuerpos de policía local***

Celebrado en Arkaute-Álava, del 3 de mayo al 21 de junio de 2011. El programa desarrollado fue el siguiente:

- Antropología.
- Sociología
- Psicología Criminología
- Estadística.
- Derecho Administrativo.
- Derecho Penal.
- Tipología Penal
- Derecho Procesar
- Victimología y Violencia de Género
- Droga y Consumos.
- Competencias y Habilidades Directivas I.
- Competencias y Habilidades Directivas II.

Así mismo los alumnos de este curso de Capacitación a la escala ejecutiva, participaron en el VIII Congreso de Criminología, 29, 30 de junio y 1 de julio celebrado en San Sebastián. (Ver apartado VII.4).

Los profesores responsables de la docencia han sido: Juan Aldaz, Miguel Alonso, Iñaki Agirreazkuenaga, Paco Etxeberria, Isabel Germán, Ana Pérez, Alberto Saiz, César San Juan, Xabier San Sebastián, Gema Varona y Laura Vozmediano.

### **VII.3.3. Curso de Capacitación Habilitante para el acceso a la Escala Superior de la Ertzaintza y a la Categoría de intendente de la Escala Técnica de los cuerpos de policía local**

Celebrado en Arkaute-Álava, entre junio y julio de 2011, con el siguiente programa:

- Violencia intrafamiliar. Regulación penal. Aspectos psicosociales
- Delitos contra la seguridad vial.
- Espacio urbano y delito. Análisis de la delincuencia mediante Sistemas de información Geográfica.
- Ciber-delincuencia.
- Menores infractores. Plan Vasco de Justicia Juvenil
- Mujer inmigrante víctima. Aspectos criminológicos, victimológicos y psicosociales
- Drogas: Aspectos jurídicos, criminológicos, socio-sanitarios. Plan Vasco de Drogodependencias.
- Mediación penal. Principios de Justicia Restaurativa. Victimología. Papel de las víctimas en el proceso penal.
- Proceso penal. Dinámica procesal y participación policial.
- Intervenciones telefónicas: aspectos prácticos y legales
- Gestión en organizaciones y habilidades directivas.

Los profesores responsables de la docencia en este curso han sido: Miguel Alonso, Xabier Arana, Norberto de la Mata, Isabel Germán, Virginia Mayordomo, Estefanía Ocariz, Ana Pérez, Alberto Saiz, Xabier San Sebastián, Gema Varona y Laura Vozmediano.

## **VII.4. CURSOS DE VERANO**

En el marco de los XXX Cursos de Verano de San Sebastián, y XXIII Cursos Europeos de la Universidad del País Vasco, se celebró los días 29 y 30 de junio y 1º de julio de 2011 el **VIII Congreso Español de Criminología**.

Desde el año 2004 se viene celebrando puntualmente el Congreso Anual Español de Criminología. Este año 2011 ha correspondido su organización al Instituto Vasco de Criminología, de la Universidad del País Vasco, siendo el tema elegido **Convivencia, Libertad y Tolerancia**.

La organización de este Congreso se realiza en un momento muy especial toda vez que en este curso 2010-2011 se han iniciado, en buena parte de las Universidades españolas, los Estudios de Grado en esta especialidad. Es el caso de la Universidad del País Vasco que, desde la Facultad de Derecho, en colaboración con la Facultad de Psicología ha iniciado la andadura de este Grado en el nuevo mapa de titulaciones. Esta circunstancia ha hecho especialmente interesante la organización de este evento al coincidir con la consolidación de esta disciplina. Como aliciente adicional se ha contado, por tanto, con los 100 alumnos matriculados en la Universidad del País Vasco en el grado de criminología para involucrarlos en su reunión científica estatal más importante.

El programa desarrollado fue el siguiente:

<b>Miércoles 29 de junio</b>			
10:00-11:00	Entrega de acreditaciones en la Secretaría del Congreso		
11:00-11:30	<b>ACTO DE INAUGURACIÓN: DECANA/FACE/SEIC/IVAC/VICERRECTORA</b>		
11:30-12:00	<i>Pausa para el café</i>		
12:00-13:30	<b>SESIÓN PLENARIA</b> Conferencia Prof. Dr. D. Jorge SOBRAL. Universidad de Santiago de Compostela. Presenta: César SAN JUAN <b>Convivencia e Inmigración criminalizada: "Enemigos humillados" y "utopías mínimas".</b>		
13:30-15:30	<i>Descanso para comer</i>		
<b>SESIONES SIMULTÁNEAS COMUNICACIONES</b>			
15:30-17:00	<b>CIBERCRIMEN.</b> <i>Coordinador: Paco Bernabeu</i> 1. El acceso ilícito a servicios de acceso condicional: art. 286 CP. <i>María del Mar Moya Fuentes</i> 2. El futuro de los sistemas de información y comunicación en seguridad ciudadana. Un modelo integral de gestión de la información para la seguridad ciudadana y la gestión comunitaria. <i>Rolando Oscar Grimaldo Santamaría</i> 3. Los medios de control telemáticos en el ordenamiento jurídico español. <i>Lorea Arenas García y Ana Isabel Cerezo Domínguez</i> 4. Online grooming y victimología del desarrollo: una aproximación con menores españoles. <i>Noemí Pereda, Judit Abad, Georgina Guilera y Teresa Kirchner</i>	<b>JUSTICIA JUVENIL.</b> <i>Coordinador: Pedro Torrente</i> 1. Delincuencia urbana de los jóvenes inmigrantes en Francia y en España: similitudes y diferencias entre ambos contextos <i>Leaid Karzyrytski</i> 2. El internamiento de jóvenes infractores en España: una realidad con muchas caras. <i>Esther Fernández Molina y Mercedes Botija Yagüe</i> 3. Grupos juveniles delictivos <i>Cristina Rechea Alberola, Raquel Bartolomé Gutiérrez, Gloria Fernández-Pacheco Alises y Tamara Varela Rubiños</i> 4. Variables de personalidad y psicosociales para la valoración del riesgo en menores infractores <i>Xosé Antón Gómez Fragueta, Paula Villar Torres y M<sup>a</sup> Ángeles Luengo Martín</i>	<b>HORAS DE CONSULTA PÓSTERS</b>
	17:00-17:30	<b>Descanso</b>	
17:30-19:00	<b>SIMPOSIUM INNOVACIÓN DOCENTE</b>	<b>SIMPOSIUM VICTIMOLOGÍA</b>	

<b>Jueves 30 de junio</b>			
09:00-10:30	<b>SESIÓN PLENARIA</b> Conferencia Prof. Dr. D. MARCUS FELSON. <i>The State University of New Jersey. Presenta Josep Agustina</i> <b>Teoría para la prevención cotidiana del delito</b>		
10:30-11:00	<i>Pausa para el café</i>		
11:00-12:30	<b>SIMPOSIUM PREVENCIÓN SITUACIONAL</b>	<b>SIMPOSIUM JUSTICIA JUVENIL</b>	
12:30-13:30	<b>HORAS DE CONSULTA PÓSTERS</b>		
13:30 -15:30	<i>Descanso para comer</i>		
	<b>SESIONES SIMULTÁNEAS COMUNICACIONES</b>		
15:30-17:00	<b>POLÍTICA CRIMINAL I</b> <b>Coordinador:</b> <b>Nahikari Sánchez</b> 1. ¿Son los antecedentes penales una sanción colateral? <i>Elena Larrauri</i> 2. Actitudes punitivas: factores explicativos a partir de los datos de la Encuesta Social Europea <i>Daniel Varona Gómez</i> 3. El proceso de toma de decisiones en política criminal: la necesidad de un análisis multidisciplinar. <i>José Becerra Muñoz</i> 4. Estudio sobre la concesión de indultos en España <i>Antonio Doval Pais, Cristina Fernández-Pacheco, Clara Viana Ballester y Isidoro Blanco Cordero</i>	<b>MODELOS PREDICTIVOS Y EXPLICATIVOS</b> <b>Coordinadora:</b> <b>Paula Villar</b> 1. Desistimiento del delito después de la cárcel: narrativas de cambio y vínculos sociales. <i>Josep Cid Moliné y Joel Martí Olivé</i> 2. El papel mediador de la psicopatía en la relación entre maltrato infantil y la conducta delictiva y violenta: Una revisión de la literatura. <i>Teresa C. Silva y María Teresa Sánchez</i> 3. Maltrato infantil y conducta delictiva en la adolescencia y edad adulta: un estudio prospectivo. <i>Teresa C. Silva, Sheilagh Hodgins, Frank Vitaro y Richard Tremblay</i> 4. Rasgos psicopáticos en la predicción de problemas de conducta infanto-juveniles. <i>Laura López-Romero, Estrella Romero y Paula Villar</i>	<b>MIEDO AL DELITO</b> <b>Coordinador:</b> <b>Laura Vozmediano</b> 1. ¿Más confianza en instituciones, menos miedo al delito? <i>Aurea Esther Grijalva Eternod y Esther Fernández Molina</i> 2. Confianza y Desconfianza: una mirada securitaria. Estudio de caso: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. <i>Deborah Dietl</i> 3. Vecinos de una prisión: ¿ventaja o desventaja <i>Tamara Rubiños Varela, Cristina Rechea Alberola, Raquel Bartolomé Gutiérrez y Esmeralda Conde Alvarado</i>
17:00-17:30	<b>Descanso</b>		



<b>SESIONES SIMULTÁNEAS COMUNICACIONES</b>			
17:30-19:00	<p style="text-align: center;"><b>POLÍTICA CRIMINAL II</b></p> <p><b>Coordinadora:</b> <b>Fátima Pérez</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Crimen y castigo en la Europa contemporánea: algunas reflexiones sobre la idea de una criminología europea. <i>Tom Daems</i></li> <li>2. Evolución de la delincuencia violenta en Europa (1988-2007). <i>Marcelo F. Aebi y Antonia Linde</i></li> <li>3. La eficacia del enfoque punitivo frente a la violencia sobre la mujer-pareja. <i>M.J. Benítez, José Luis Díez R.</i></li> <li>4. La pericia criminológica ante los tribunales: una exploración de la opinión de la judicatura <i>Javier Guardiola, Carlos Climent y Vicente Garrido Genovés</i></li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>VIOLENCIA DOMÉSTICA Y CONTRA LA MUJER</b></p> <p><b>Coordinadora:</b> <b>Raquel Bartolomé</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Adaptación y validación de la escala de Medida Multidimensional del Abuso Emocional a una muestra de agresores de pareja <i>María Cantó Pérez, Meritxell Pérez Ramírez y Luis De la Corte Ibáñez</i></li> <li>2. Algunos elementos para entender el desistimiento, en el proceso penal, de las mujeres víctimas de violencia de género. <i>Tania Reneaum Panszi</i></li> <li>3. Diseño de un programa de intervención para mujeres víctimas de violencia de género <i>M.J. Sánchez Piélagos, Javier Barrera Martín-Merás, Beatriz Cruz Márquez</i></li> <li>4. La atención policial a víctimas de violencia de género desde la perspectiva de las víctimas <i>Ester Blay Gil</i></li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>LIBROS A DEBATE:</b></p> <p><b>Los Merinos Norte. Fenomenología de un macroproyecto urbanístico.</b> Díez Ripollés, Gómez-Céspedes, Aguilar Conde.</p> <p><b>Immigración y delincuencia como problemas de salud pública: Análisis económico de su evolución en España.</b> José Aureliano Martín.</p> <p><b>Crimen.org.</b> Luis de la Corte &amp; Andrea G.Salinas.</p>
19:00-20:30	<b>(ASAMBLEAS SEIC Y FACE)</b>		

<b>Viernes 1 de julio</b>			
10:00-11:30	<b>SESIÓN PLENARIA</b> Conferencia Prof. Dr. D. REYNALD OTTENHOF. <i>Université de Nantes.</i> <i>Presenta : Marcelo Aebi.</i> <b>"Quelle protection pénale pour les victimes aujourd'hui?"</b>		
11.30-12:00	<i>Pausa para café</i>		
<b>SESIONES SIMULTÁNEAS COMUNICACIONES</b>			
12:00-13:30	<b>TRATAMIENTO PENITENCIARIO</b> <b>Coordinadora:</b> <b>Estefania Ocáriz</b> 1. El programa liberto de la asociación para la prevención de la exclusión social (APES) <i>Xabier Valencia Pereira y Raquel Crespo Pérez</i> 2. Extranjeros en las prisiones catalanas <i>Manuel Capdevila Capdevila</i> 3. Impacto de la política penitenciaria actual. El nuevo informe del Observatorio de la Delincuencia (ODA) <i>José Becerra Muñoz, Araceli Aguilar Conde y Elisa García España</i> 4. La conflictividad en prisión <i>Carmen Navarro Villanueva</i>	<b>PSICOLOGÍA JURÍDICA &amp; CRIMINOLÓGICA</b> <b>Coordinador:</b> <b>Abel González</b> 1. Análisis del Comportamiento Verbo-Corporal del Discurso (Indicios de Engaño y Veracidad) <i>Juan Ángel Anta Ruesa</i> 2. Influencia de variables actitudinales y situacionales en las reacciones de la policía hacia las víctimas de delitos sexuales <i>Carmen Herrero Alonso y Jaume Masip Pallejá</i> 3. Perfil de penados en delitos de seguridad vial. <i>José Faustino Álvarez Alvarez, Elda Villar Pérez, Miguel Angel Perianes López y Rebeca Fernández González</i> 4. Violencia sexual en el entorno escolar: una propuesta de intervención criminológica <i>David Cuaresma Morales y Laura Nicolas Soriano</i>	<b>HORAS DE CONSULTA PÓSTERS</b>
13:30-14:00	<b>ACTO DE CLAUSURA: DECANA/FACE/SEIC/IVAC/CONGRESO</b>		

Ha sido un evento con una gran repercusión mediática y de gran interés para la opinión pública y la sociedad. Se matricularon 350 alumnos y ha contado con la financiación de la Facultad de Psicología de la UPV/EHU, Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco y el Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa.

Por su parte, el canal del TV “**Crimen e Investigación**” nos facilitó diverso material para obsequiar a los congresistas.

El Congreso se clausuró con la Asamblea anual de la **Sociedad Española de Investigación Criminológica**, en la que salió elegido, como presidente de dicha Sociedad, el profesor de la UPV/EHU y Subdirector de Investigaciones del Instituto Vasco de Criminología, César San Juan Guillén.

## VII.5. JORNADAS Y CONGRESOS

El 6 y 7 abril de 2011 en la Facultad de Derecho, Sección Bizkaia, de la UPV/EHU, -Leioa (Rosetón del Aulario II) tuvo lugar la Jornada:

### “La respuesta penal a la corrupción”

dirigida por el Catedrático de Derecho Penal, Norberto J. de la Mata y Leyre Hernández, Investigadora del Gobierno Vasco. Esta Jornada subvencionada por el Vicerrectorado del Campus de Bizkaia de la Universidad del País Vasco, contó con la colaboración del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua.

El programa desarrollado fue el siguiente:

#### **6 de abril de 2011**

##### **16:30 h. La corrupción en el Código Penal**

Dra. Carmen GÓMEZ RIVERO

*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*

##### **17:30 h. Mesa Redonda: ¿Se persigue la corrupción en los Tribunales de Justicia?**

D. Juan CALPARSORO

*Fiscal Superior del País Vasco*

Dña. M<sup>a</sup> José MARTÍNEZ

*Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia*

Dña. Mariana ALGORTA

*Abogada penalista del Bufete Barrilero y Asociados*

#### **7 de abril de 2011**

##### **10:15 h. El delito de blanqueo de bienes**

Dr. Javier FERNÁNDEZ TERUELO

*Titular de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo*

##### **11:15 h. Política y corrupción**

Dra. Paz DE LA CUESTA AGUADO

*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria*

## VII.6. CONFERENCIAS DE PROFESORES DEL IVAC/KREI

Como sería muy extenso referirnos a todas las conferencias pronunciadas por los Profesores del Instituto Vasco de Criminología, destacamos únicamente las siguientes:

“La responsabilidad penal de las sociedades”, José Luis de la Cuesta, en Curso sobre la reforma del Código penal, Colegio de Abogados de San Sebastián, 24 septiembre 2010 y Colegio de Abogados de Bizkaia, 1 octubre 2010.

“Políticas en materia de drogas: normalización de las drogas; una perspectiva jurídico-penal”, José Luis de la Cuesta, Máster en drogodependencias, Instituto Deusto de Drogodependencias (materia 2, asignatura 1), Bilbao, 27 octubre 2010.

“Supuestos prácticos de responsabilidad penal”, Norberto de la Mata Barranco, en Jornada sobre Empresas y Grupos. Alternativas y soluciones, organizada por la Asociación para el Progreso de la Dirección y el Club de Marketing de Navarra, Pamplona, 28 de octubre de 2010.

“Lecciones de victimología práctica: ciencia y fe comprometidas”, Carlos Fernández de Casadevante, IX Jornadas de COVITE sobre Víctimas del Terrorismo y Violencia Terrorista, San Sebastián, 28 de octubre de 2010.

“Supuestos prácticos de responsabilidad penal”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada sobre Empresas y Grupos. Alternativas y soluciones, organizada por la Asociación para el Progreso de la Dirección y la Cámara de Comerciantes de Álava, Vitoria, 3 de noviembre de 2010.

“Violencia contra las mujeres: reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento”, Virginia Mayordomo Rodrigo, en “X Curso homologado de especialización jurídica contra la violencia de género”, organizado por los Colegios de Abogados de Pamplona, Tudela, Tafalla y Estella y el Instituto Navarro para la Igualdad, Pamplona, 11 de noviembre de 2010.

“Aspectos Penales de la responsabilidad de empresarios administradores y directivos”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada organizada por la Asociación Profesional de Asesores Fiscales, Bilbao, 16 de noviembre de 2010.

“El Derecho penal internacional”, José Luis de la Cuesta, en Congreso de Derecho Penal Internacional y memoria Histórica: Desafíos del pasado y retos del futuro en la protección de los Derechos Humanos, A Coruña, 24 noviembre 2010.

“La responsabilidad penal conjunta de personas jurídicas y administradores en el nuevo Código Penal”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada “El Empresario ante el Derecho Penal”, organizada por la Federación de Empresarios de La Rioja, Logroño, 25 de noviembre de 2010.

“Protección penal de la ordenación del patrimonio histórico y urbanismo”, Norberto de la Mata Barranco, Ciclo organizado por la Cátedra Cantabria y el Parlamento de Cantabria, Santander, 26 de noviembre de 2010.

“La exención de responsabilidad penal de personas jurídicas y directivos a través de la elaboración de protocolos de minimización de riesgos delictivos”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada “Aspectos novedosos de la Reforma penal de 2010 en

- el ámbito económico-empresarial”, organizada el Colegio Vasco de Economistas, Bilbao, 29 de noviembre de 2010.
- “Participación ciudadana para una democracia de calidad; una visión desde el ámbito autonómico”, Iñaki Esparza Leibar (Moderador), en Congreso sobre Participación y comunicación en la nueva gobernanza europea, San Sebastián, 2 diciembre 2010.
- “Victims of Terrorism. Adequate and Effective Reparation”, José Luis de la Cuesta, International Workshop on “Best Practices on Supporting Victims of Acts of Terrorism”, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa (Italia), 3 diciembre 2010.
- “Jornadas internacionales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina”, Virginia Mayordomo Rodrigo (Moderadora), organizadas por el Instituto Vasco de Criminología, la Universidad Pública de Navarra y la Facultad de Derecho de Bayona (Francia), San Sebastián, el 13 de diciembre de 2010.
- “Naturaleza, ratio jurídica y extensión internacional del principio de justicia universal” (conferencia invitada), José Luis de la Cuesta, Seminario Internacional. Principio de justicia universal: fundamento y límites”, Salamanca 16 diciembre 2010.
- “Brücken in die Welt. Rückblick auf die internationalen Aktivitäten: AIDP”, José Luis de la Cuesta, en Strafrecht in einer globalen Welt –Internationales Kolloquium zum Gedenken an Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck–, Freiburg i. Br. (Alemania), 8 enero 2011.
- “El Derecho Penal en un Mundo Globalizado”, José Luis de la Cuesta, Lección inaugural de la Cátedra de Derecho Procesal Penal en homenaje al profesor Antonio Beristain, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 22 enero 2011.
- “Protección penal del medio ambiente”, Norberto de la Mata Barranco, Curso de Postgrado “Derecho Penal Económico y de la Empresa” organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 24 de enero de 2011.
- “La evolución de la tutela penal del ambiente en España y la incidencia del Derecho europeo”, José Luis de la Cuesta, ponencia invitada al Congresso Gruppo Italiano AIDP, 4 febrero 2011, Università di Roma Tre, Facoltà di Giurisprudenza, Roma (Italia).
- “Actualidad del discurso penal ilustrado: el principio de humanidad”, José Luis de la Cuesta, Lección de ingreso como Amigo de número de la RSBAP, San Sebastián, 8 febrero 2011.
- “Otras victimizaciones en las Personas Mayores”, José Luis de la Cuesta, en Jornada sobre Protección Jurídica de las Personas Mayores. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya viernes, 11 febrero 2011.
- “Respuesta legal frente a los malos tratos y abandono a personas mayores vulnerables”, Virginia Mayordomo Rodrigo, en Jornada sobre “Protección jurídica de las personas mayores” organizada por el Colegio de Abogados de Vizcaya, Bilbao, 11 de febrero de 2011.
- “Bilan du GECT dans la pratique transfrontalière de l’Espagne avec la France et le Portugal”, Quel avenir pour le GECT?, Carlos Fernández de Casadevante Romani, Colloque RENTI, Lyon, 10-11 février 2011.

- “Naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Norberto de la Mata Barranco, “Congreso sobre la Reforma penal (LO 5/2010, de 22 de junio)”, organizado por la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal, Cáceres, 14 de febrero de 2011.
- “Protection des mineurs en danger, infracteurs et victimes en Espagne”, José Luis de la Cuesta, Máster 2 “Criminologie et Droit des mineurs en conflit”, Faculté Pluridisciplinaire de Bayonne-Anglet-Biarritz, Université de Pau et des Pays de l’Adour, 16 febrero 2011.
- “Risk markers in femicide and in severe intimate partner violence: description and assessment”, Paz de Corral, Seminar on Risk and Treatment Assessment Research University of Cambridge, United Kingdom, 2011 February the 17<sup>th</sup>
- “Risk markers in femicide and in severe intimate partner violence: description and assessment”, Enrique Echeburúa, Seminar on Risk and Treatment Assessment Research. Universidad de Cambridge, United Kingdom, 18 de febrero de 2011.
- “La prise en charge des victimes en Espagne”, Máster 2 “Droit des victimes”, José Luis de la Cuesta, Faculté de Droit (Pau), Université de Pau et des Pays de l’Adour, 21 febrero 2011.
- “Carta de derechos de las víctimas del terrorismo”, Carlos Fernández de Casadevante, Encuentro de Colectivos de Víctimas del Terrorismo, Fundación de Víctimas del Terrorismo, Madrid, 23 de febrero de 2011.
- “El Reforzamiento de la libertad en el espacio europeo de seguridad, libertad y justicia (Decisión-Marco 2009/829/JAI)”. Simpósio Direito Penal e Conflitos de Valores na União Europeia, José Francisco Etxeberria Guridi, 4 de marzo de 2011, Coimbra, I Congreso sobre Problemas actuales del Derecho Penal y Procesal.
- «Las víctimas del terrorismo y los derechos humanos», Human Rights and Victims of Terrorism, Carlos Fernández de Casadevante, Consejo de Derechos Humanos (ONU, Ginebra, 9 de marzo de 2011.
- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: criterios de imputación y manuales de cumplimiento”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada “Reforma del Código Penal”, organizada por ACIJUR, Editorial El Derecho y el Consejo General de la Abogacía, Madrid, 15 de marzo de 2011.
- “Child-Grooming: el nuevo art. 183 bis del Código Penal”, Norberto de la Mata Barranco, Universidad de Oviedo, Oviedo, 18 de marzo de 2011.
- “Mobbing”, Ana I. Pérez Machío, XVIII Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 24 de marzo de 2011.
- “Influencia del Derecho de la Unión Europea en la Política Criminal española”, José Luis de la Cuesta, VIII Jornadas sobre Derecho Penal, Criminología y Derecho Penitenciario, 29 marzo 2011, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante.
- “Nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Carlos Fernández de Casadevante, Seminario de Profesores, Universidad de La Rioja, Logroño, 30 de marzo de 2011.

- “La protección internacional de la persona”, Carlos Fernández de Casadevante, Universidad de La Rioja, Logroño, 31 de marzo de 2011.
- « Une approche comparée du droit et des politiques en matière de culture et de patrimoine », Carlos Fernández de Casadevante, Colloque Terre de frontières, Master II CTI, Faculté Pluridisciplinaire de Biarritz-Anglet-Bayonne, Université de Pau et des Pays de l’Adour, 9 de abril de 2011.
- “Emakumeekiko errepresioa lehen Frnakismoan: Saturrarango Adibidea”, Ana I. Pérez Machío, Casa Cultura de Lezo, Gipuzkoa, 12 de abril de 2011.
- “The Criminal Justice System in an increasingly globalized World”, José Luis de la Cuesta, CKS Cerdoct Doctoral Schools, Challenges of the Knowledge Society, 5<sup>th</sup> edition, “Nicolae Titulescu” University, Bucarest 15 abril 2011.
- “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y plazos legales: algunos problema, Norberto de la Mata Barranco, Curso “Criterios de actuación en materia de ejecución en el proceso penal”, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia., Madrid, 3 de mayo de 2011.
- “LIFE LONG LEARNING. The Experience of the Summer Courses at the University of the Basque Country”, III. International Congress of Educational Research “Life-Long Learning and Informal Education”, Girne (Norte Chipre), en colaboración (Echepare, R.; De la Cuesta, J. L.; Iriondo, I.; Arruabarrena, R.; Gascón V.; Etxeberria, J.”, 6 May 2011.
- “Equidad en la aplicación de recursos de factores de riesgo para la salud”, Xabier Arana, en Tabaco y Desigualdad: una injusta brecha creciente II, organizado por SVNPTab-ENTaE y SEDET, Bilbao, 6 de mayo de 2011.
- “La aplicación de los análisis de ADN en la investigación de delitos contra la libertad sexual”, José Francisco Etxeberria Guridi, 12 de mayo de 2011, en Sevilla. I Congreso sobre Problemas actuales del Derecho Penal y Procesal.
- “Breve acercamiento a la cuestión género en las políticas europeas sobre alcohol, tabaco y fármacos”. Xabier Arana (Ponencia presentada junto con Cristina Uríos), Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñate, 12 de mayo de 2011.
- “Las insolvencias punibles (concurso) en el Derecho Penal”, Norberto de la Mata Barranco, Jornada “El Concurso de acreedores: responsabilidad de los Administradores en los diferentes ámbitos jurídicos y la terminación del Concurso (convenio y liquidación)” organizada por el Bufete Barrilero y Asociados. Logroño 20 de mayo de 2011.
- “La responsabilidad internacional de los estados y de las corporaciones europeas en la promoción de los derechos humanos: Perspectiva jurídico-penal”, José Luis de la Cuesta, en Congreso Internacional: Los derechos humanos: seña de identidad de las políticas europeas”, San Sebastián, 9 junio 2011.
- “Un maestro ejemplar”, José Luis de la Cuesta, en Simposium de Victimología, “El legado criminológico y victimológico de Antonio Beristain como vía de promoción de la convivencia: pasado, presente y proyección futura”, VIII Congreso Español de Criminología, San Sebastián, 29 junio 2011.

- “Simposium de Victimología, “El legado criminológico y victimológico de Antonio Beristain como vía de promoción de la convivencia: pasado, presente y proyección futura”, Virginia Mayordomo Rodrigo (Moderadora), VIII Congreso Español de Criminología, San Sebastián 29 junio 2011.
- “Retos del Derecho Penal ante la cibercriminalidad”, Ana I. Pérez Machío, VIII Congreso Español de Criminología. Convivencia, libertad y tolerancia”, Campus Universitario de Gipuzkoa, Donostia-San Sebastián, 1 de julio de 2011.
- “Mujeres Jóvenes: ¿están libres de la violencia de género?”, Paz de Corral, IX Congreso Nacional de Psicología Clínica, San Sebastián, 7 de julio de 2011.
- “Tratamiento psicológico de los agresores sexuales en prisión: resultados y dilemas éticos planteados”, Enrique Echeburúa, IX Congreso Nacional de Psicología Clínica, Palacio de Miramar, San Sebastián, 7 de julio 2011.
- “Proceso penal, estado de derecho y globalización”, Iñaki Esparza Leibar, en XXX Cursos de Verano y XXIII Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián 20 de julio 2011.
- “Análisis comparado de algunas disposiciones automáticas sobre mediación”, José Francisco Guridi Etxeberria, 21 de julio 2011, en Donostia-San Sebastián. Cursos de Verano: Globalización de la Justicia Penal y métodos alternativos de resolución de conflictos.
- “Bowling for colombine”, Norberto de la Mata Barranco, Curso de verano “Responsabilidad penal por homicidios y asesinatos violentos a través del cine” organizada por la Universidad de Oviedo, Oviedo, 25 de julio de 2011.

## VIII. RELACIONES INTERNACIONALES

El profesor D. Alfonso Verde Cuenca, Presidente de la Comisión Ciudadana de Seguridad del Estado de Monterey (México) ha realizado un *stage* en el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, durante los días 6 a 10 de febrero de 2011, en los que ha impartido seminarios a los investigadores del Instituto sobre temas de seguridad comparada.

El Profesor Carlos Fernández de Casadevante ha realizado una estancia investigadora en el Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Alemania, 1-31 octubre 2010.

El Prof. José Luis de la Cuesta ha participado en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas sobre “El principio de humanidad en el Derecho Penal”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 28 enero 2011.

El Prof. José Luis de la Cuesta ha participado con la ponencia “Protection des mineurs en danger, infracteurs et victimes en Espagne”, en el Máster 2 “Criminologie et Droit des mineurs en conflit”, Faculté Pluridisciplinaire de Bayonne-Anglet-Biarritz, Université de Pau et des Pays de l’Adour, 16 febrero 2011.

El Prof. José Luis de la Cuesta ha participado con la ponencia “ La prise en charge des victimes en Espagne », en el Máster 2 “Droit des victimes”, Faculté de Droit (Pau), Université de Pau et des Pays de l’Adour, 21 febrero 2011.



El Prof. José Luis de la Cuesta ha sido nombrado “Miembro Comité Científico Internacional”, CKS Cerdoct Doctoral Schools, Challenges of the Knowledge Society, 5<sup>th</sup> edition, “Nicolae Titulescu” University, Bucarest 15-16 abril 2011.

El Prof. José Luis de la Cuesta participó como Présidence Session I, 2e Symposium des Jeunes Pénalistes de l'Association Internationale de Droit Pénal, La Justice Transitionnelle / Transitional Justice, 29 septiembre 2011, La Rochelle (Francia).

El Prof. De la Cuesta participó como Chair, Plenary Session 4 “Models of State and Crime Prevention Strategies”, 16<sup>th</sup> World Congress of the International Society of Criminology, Kobe (Japón), 9 agosto 2011; igualmene Chair, Paper Session 7207: Substance Abuse and Crime (7 agosto 2011) and Paper Session 9115: Delinquency by and against Juveniles (9 agosto 2011).

El Prof. Carlos Fernández de Casadevante Romani ha participado en las siguientes actividades en México D.F. «La enseñanza del Derecho Internacional Público a través de la jurisprudencia internacional. Una aplicación del método de casos», Carlos Fernández de Casadevante, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 21 de septiembre de 2011.

«Terrorismo y Derechos Humanos» Carlos Fernández de Casadevante, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México, 21 de septiembre de 2011.

«Terrorismo y Derechos Humanos», Carlos Fernández de Casadevante, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, 22 de septiembre de 2011.

«Taller de Derechos Humanos», Carlos Fernández de Casadevante, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 22 de septiembre de 2011.

### **VIII.1. CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA DELINCUENCIA, LA MARGINALIDAD Y LAS RELACIONES SOCIALES (DMS INTERNATIONAL RESEARCH CENTRE)**

El *Centro Internacional de investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales (DMS International Research Centre)*, creado en febrero de 1993 en el seno del Instituto Vasco de Criminología mediante la firma de un Convenio entre la Universidad del País Vasco y la Sociedad Internacional de Criminología, desarrolla sus actividades en colaboración con la Sociedad Internacional de Criminología, a semejanza del Instituto Internacional de Criminología Comparada en Montreal (Canadá) y del Instituto Internacional de Criminología Clínica en Génova (Italia). El Centro está actualmente dirigido por el Prof. Dr. D. César San Juan, Profesor Titular del Área de Conocimiento Psicología Social, de la UPV/EHU.

Entre las finalidades del Centro merece destacarse la sintensificación de las relaciones internacionales para fomentar, llevar a cabo y difundir toda clase de investigaciones científicas en el campo de la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, subrayando la importancia de la dimensión sociológica. Así mismo, favorece la formación de jóvenes académicos y el intercambio de los estudios correspondientes a sus fines. Uno de sus objetivos es la investigación multidisciplinar para el logro de un desarrollo económico, social y cultural de los individuos y de los pueblos, más justo y pacífico.

En cuanto a las actividades que desarrolla merece destacar la edición del quinto volumen de la *International e-journal of criminal science*.

## **VIII.2. ORGANIZACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES**

En el marco internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología europeos, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

El Prof. José Luis de la Cuesta es miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

El Prof. José Luis de la Cuesta es Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, cargo que ocupa desde el 19 de septiembre 2004.

El profesor César San Juan es Miembro de la Comisión científica de la Sociedad Internacional Criminológica así como del Consejo de Dirección de la Sociedad Española de Investigación Criminológica. Labor que compagina con la Dirección de la Revista Española de Investigación Criminológica.

El Prof. Iñaki Esparza Leibar ha sido nombrado Director del Centro Asociado UNED, Bergara, el 1 de octubre de 2010.

En el marco del VIII Congreso Español de Criminología “Convivencia, libertad y tolerancia” El profesor Dr. César San Juan Guillén, Subdirector del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, ha sido nombrado Presidente de la Sociedad Española Criminológica (SEIC) durante la Asamblea General celebrada el 30 de junio de 2011.

## **VIII.3. ACTIVIDADES REALIZADAS POR PROFESORES MIEMBROS DEL IVAC/KREI**

Xabier Arana ha participado en el “Máster Universitario en drogodependencias y otras adicciones”. Organizado por el Instituto Deusto de Drogodependencias. “La intervención en materia de drogas y otras dependencias; las sustancias, las sociedades y las personas; los usos, abusos y drogodependencias”, Asignatura 1: El fenómeno de las drogas y su contextualización, con el tema ‘El control de la oferta y los aspectos jurídicos”, Bilbao, 2 de noviembre 2010.

Curso de Postgrado «Maestría en Derecho Procesal Civil», Iñaki Esparza, Universidad Tecnológica de Honduras, San Pedro Sula, Honduras 17-20 noviembre 2010.

La profesora Ana I. Pérez ha participado como moderadora en las Jornadas Internacionales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina celebradas el 13 de diciembre de 2010. Igualmente ha formado parte del Comité Organizador de las mismas.

Máster “Droit de la coopération transfrontalière”, Carlos Fernández de Casadevante, Université de Pau et des Pays de l’Adour, Facultad de Bayona (Francia), diciembre 2010-enero 2011.

Máster “ Droit Internaional et européen de l’environnement ”, Carlos Fernández de Casadevante, Université de Pau et des Pays de l’Adour, Facultad de Bayona (Francia), diciembre 2010-enero 2011.

Máster “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Carlos Fernández de Casadevante, Magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense, Madrid, enero 2011.

Máster sobre “El uso de la Investigación Criminal”, Carlos María Romeo Casabona, Universidad Carlos III, Madrid, 7 de Febrero 2011.

El Prof. José Luis de la Cuesta ha ingresado como Amigo de número de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, 8 febrero 2011.

Máster “Aplicación e interpretación de las normas internacionales”, Carlos Fernández de Casadevante, Magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense, Madrid, abril 2011.

Curso de Postgrado « Maestría en Derecho Procesal Penal III » Iñaki Esparza, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 4-9 mayo 2011.

Xabier Arana ha sido Co-organizador en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, junto con Iñaki Markez y Virginia Montanés, del *workshop* internacional titulado “*Diferencias invisibles: género, drogas y políticas públicas. El enfoque de género en las políticas europeas de drogas*”, celebrado en Oñati los días 12 y 13 de mayo de 2011.

“Medicina, Genética, Biotecnología y Derecho Penal, Responsabilidades penales del técnico sanitario: Responsabilidad por negligencia: Secreto profesional y Derecho Penal. Delitos relativos a las manipulaciones genéticas: Intimidad y Genética”, Carlos María Romeo Casabona, Máster en Criminología y Ciencias Forenses, Universidad Pablo Olavide, Sevilla, 13 de Mayo de 2011.

La profesora Bárbara Torres Gómez de Cádiz ha impartido, durante el curso académico 2010-11, dentro del Programa de Formación de Terapeutas Familiares, diversas materias (8 horas) en el Centro de Psicoterapia y Estudios de la Familia.

El profesor Norberto de la Mata ha dirigido el curso “La Reforma del Código Penal: Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio” organizado por el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. Bilbao 2-28 de junio 2011.

“El derecho internacional penal y los conflictos armados”, José Luis de la Cuesta, en Derecho Internacional y Conflictos armados, XXX Cursos de Verano de la UPV/EHU, San Sebastián, 30 junio 2011.

El Prof. De la Cuesta participó en el acto de “Entrega de la Medalla Cesare Beccaria a Mario Pisani”, celebrado en el marco del Curso Derecho Internacional y Conflictos armados, XXX, Cursos de Verano de la UPV/EHU, San Sebastián, 1 julio 2011.

Curso de Postgrado “Programa de Doctorado en Derecho”, Iñaki Esparza, UCA, Managua, Nicaragua, 4-8 julio 2011.

Xabier Arana ha sido nombrado Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Drogodependencias*, 15 de julio 2011.

El profesor Iñaki Esparza ha sido designado como experto en emisión de informes para la Revista jurídica en lengua vasca *Eleria* (2011 - continúa).

“Abusos y delitos sexuales”, Paz de Corral Gargallo, ha participado en el Postgrado de Atención Integral a Víctimas, Escuela de Verano de la Universidad Complutense, Madrid, 18 de julio de 2011.

El Prof. Iñaki Esparza Leibar ha co-dirigido el Curso de Verano “Globalización de la justicia penal y métodos alternativos de resolución de conflictos”, en el marco de los XXX Cursos de Verano y XXIII Cursos Europeos, de la Universidad del País Vasco, San Sebastián 20-22 julio de 2011.

La Prof. Izaskun Ibabe y J. Jaureguizar han participado en el XII Congreso de la Metodología de las Ciencias y de la Salud, celebrado en San Sebastián, del 19 al 22 de julio del 2011, en el que presentaron el día 22 de julio el siguiente póster “Un modelo SEM para analizar el impacto de la violencia familiar en la inadaptación en la violencia filio-parental”. Igualmente la citada Prof. Izaskun Ibabe junto a Stein, J., Nyamathi, A. y Bentler, P.M. presentaron el 20 de julio el póster “A latent variable analysis predicting participation in substance abuse treatment by homeless adults”

“Predicción de riesgo de homicidio y de conductas graves en la violencia grave en la relación de pareja”, Paz de Corral Gargallo, Formación Especializada a los Equipos Técnicos de la Administración de la Justicia, Ministerio de Justicia, Madrid, 26-30 de septiembre de 2011.

Xabier Arana ha sido nombrado Miembro del Consejo Asesor y de Redacción de la *Revista NORTE*, (2011 - continúa).

El Prof. De la Cuesta es Miembro de la Comisión de Expertos de Unibasq, (2011- continúa)

## **IX. INTERCAMBIOS BIBLIOGRÁFICOS**

El IVAC/KREI dispone de una biblioteca dotada de un importante volumen de publicaciones relacionadas con la Criminología. En ella podemos encontrar textos provenientes de una gran variedad de disciplinas: Derecho, Psicología, Filosofía, Antropología, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Medicina Forense, Medio Ambiente, etc.

Además, el IVAC/KREI mantiene relaciones de intercambio bibliográfico con otros centros docentes e investigadores de multitud de países de América y Europa.

## **X. PREMIOS**

Instituido por el Instituto Vasco de Criminología y patrocinado por la Obra Social y Cultural de Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián para el Curso Académico 2010-11 se convocó el *V Premio de Investigación Jean Pinatel*, al mejor trabajo científico en Criminología.

Este premio de investigación *Jean Pinatel* ha sido concedido al siguiente trabajo de investigación:

“Genozidioa: nazioarteko arauketa eta espainiar Zigor Kodeko 607. Artikulua”.

Autora: Miren ODRIOZOLA, Graduada en Derecho, UPV/EHU.

## XI. CÁTEDRA ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

La Cátedra “Antonio Beristain”, creada en 2010 como un departamento específico en el seno del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, que él mismo fundara en la década de los 70 y del que fuera su Director hasta el año 2000 (Director Honorario a partir de entonces). Busca perpetuar la memoria de nuestro maestro y fundador, el *Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio BERISTAIN IPIÑA*, así como proseguir su labor a favor de las víctimas a las que dedicó con mayor intensidad la última etapa de su vida universitaria.

Para ello, la Cátedra se ocupa de recopilar y difundir, a través de su página Web, entre otros medios, los trabajos, escritos, libros, artículos, del Profesor Antonio Beristain, reflejo de su ingente tarea investigadora y docente.

Igualmente, a través de la Cátedra se promueven actividades académicas relacionadas con la Victimología tanto en el plano docente (el título de Especialista en asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas y otras) como en el plano investigador y de extensión universitaria.

La “Cátedra Antonio Beristain” establecerá relaciones y alianzas con todo tipo de instituciones, entidades, organismos, etc., activos en el plano victimológico, con objeto de contribuir a la promoción y desarrollo de estudios, investigaciones y actividades científicas en la materia.

En el seno del Instituto Vasco de Criminología - Kriminologiaren Euskal Institutua, la responsable de la “Cátedra Antonio Beristain” es la Dra. Virginia Mayordomo Rodrigo ([virginiavictoria.mayordomo@ehu.es](mailto:virginiavictoria.mayordomo@ehu.es)), Profesora Agregada de Derecho Penal y Secretaria Académica del Instituto. Junto a la Profesora Virginia Mayordomo, colaboran, como Secretaria Académica, la Dra. Isabel GERMÁN MANCEBO ([isabel.german@ehu.es](mailto:isabel.german@ehu.es)), Investigadora en el IVAC/KREI y miembro de su Consejo de Dirección, e Inmaculada Iraola ([inmaculada.iraola@ehu.es](mailto:inmaculada.iraola@ehu.es)), miembro del Consejo de Dirección del IVAC/KREI, como Secretaria del la “Cátedra Antonio Beristain”.

### XI.1. ACTIVIDADES DOCENTES Y ACADÉMICAS

#### TÍTULO PROPIO DE POSTGRADO DE ESPECIALISTA EN ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE EXPERIENCIAS TRAUMÁTICAS:

Este Título Propio de Postgrado, organizado por el IVAC/KREI con una carga crediticia de 30 créditos, e impartido durante los cursos 2009-2010 y 2010-2011 bajo la dirección de las Profesoras Virginia Mayordomo y M<sup>a</sup> Soledad Cruz, cuenta con el apoyo de las Direcciones de Víctimas del Terrorismo y de Derechos Humanos del Gobierno Vasco (Véase apartado VII.1).

Este título de Especialista trata de cubrir el hueco que tradicionalmente ha habido en cuanto a la formación profesional rigurosa de quienes se ocupan de las víctimas.

Está dirigido a estudiantes recién licenciados que quieran encaminar sus pasos por el ámbito de la Victimología o a profesionales que, de una manera u otra, están en contacto con las víctimas y que quieren ampliar sus conocimientos para ayudarlas de una forma más efectiva.

## **PROGRAMA ACADÉMICO**

### **MÓDULO GENERAL**

1. Victimología (4,4 créditos)
2. Aspectos jurídicos de la asistencia a la víctima (2,5 créditos)
3. Intervención psicológica sobre víctimas (4,1 créditos)
4. Bases metodológicas para la realización de un trabajo de investigación (7 créditos)

### **MÓDULOS DE ESPECIALIZACIÓN**

1. Programa de asistencia a las víctimas de terrorismo (7 créditos)
2. Programa de asistencia a las víctimas de agresiones y abusos sexuales (7 créditos)
3. Programa de asistencia a las víctimas de violencia en la relación de pareja y doméstica (7 créditos)
4. Programa de asistencia a menores en situación de riesgo y desprotección (7 créditos)

### **TRABAJO DE INVESTIGACIÓN (5 créditos)**

#### **Objetivos:**

- Formar a los asistentes en el campo de la asistencia a víctimas de sucesos traumáticos, ofreciendo una visión integradora de la actuación necesaria, que incluya medidas de intervención psicológica, médica, social y legal.
- Analizar las consecuencias psicológicas de los sucesos traumáticos en función del tipo de acontecimiento y de las diferencias individuales y sociales de las víctimas.
- Enseñar a los alumnos a detectar y a evaluar los problemas psicológicos de las víctimas, así como a analizar sus recursos psicológicos.
- Establecer los objetivos terapéuticos a corto y largo plazo en la intervención con las víctimas.
- Formar a los asistentes en los programas de intervención terapéutica en el ámbito de la atención integral a las víctimas.
- Dar a conocer las redes de apoyo psicológico, social y sanitario a las víctimas en el País Vasco.
- Enseñar a los alumnos la legislación básica en el ámbito de asistencia a las víctimas.

## **XI.2. PUBLICACIONES EN MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. h. c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

AA.VV., *Antonio Beristain Ipiña, S.J., In Memoriam 1924-2009*, Instituto Vasco de Criminología, 2010, pp. 46 pp.

AA.VV., *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, XXX Aniversario de la Fundación del IVAC/KREI. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, 2009, pp. 374.

José Luis de la CUESTA, “Nachruf. Antonio Beristain: Strafrechtler, Kriminologe, Viktimologe. 4. April 1924 - 29. Dezember 2009”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)* 1/2011, pp. 1-3.

## **XI.3. LIBROS DEDICADOS A LA MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. h. c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, A TÍTULO PÓSTUMO**

- Rogelio Alonso, Florencio Domínguez, Marcos García Rey (2010): *Vidas Rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas de ETA*, Espasa, Madrid, pp. 1310.
- Laura Vozmediano Sanz, César San Juan Guillén (2010): *Criminología ambiental. Ecología del delito y de la seguridad*, Editorial UOC, Barcelona, pp. 222.
- José Luis de la Cuesta, Norberto de la Mata (Coords.) (2010): *Derecho penal informático*, Aranzadi, Navarra, pp. 348.
- AA.VV., (2010): *Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 120, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, pp. 346.
- Julio Andrés Sampedro Arrubla (2010): *Las víctimas y el sistema penal*, Ed. Ibáñez-Depalma, Colombia-Argentina, pp. 190.

## **XI.4. BIBLIOTECA ON-LINE DEL Prof. Dr. Dr. h. c. ANTONIO BERISTAIN**

Es objetivo prioritario de esta Cátedra recopilar y difundir a través de su página Web (<http://www.ehu.es/catedra-antonioberistain>) los trabajos, escritos, libros, artículos del Prof. Beristain, reflejo de su ingente tarea investigadora y docente.

Actualmente se encuentran ya disponibles todos sus artículos, presentaciones, dedicatorias, etc. que fueron publicados en la Revista *Eguzkilore*, además del libro homenaje a él dedicado “*Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*” y algunos de los libros editados, o compilados por él:

- \* *Contribuciones de Antonio Beristain en la revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*
- \* BERISTAIN, Antonio. “Gregorio Ordóñez, mistagogo de dignidad preeminente (reparación, dignificación y protagonismo de las macrovíctimas)”, *Revista penal*, nº 24, 2009, pp. 23-38.
- \* BERISTAIN, Antonio; CUESTA José Luis, de la (dirs.) (1992): *La Criminología frente al abuso de poder*. San Sebastián., Servicio Editorial Universidad del País Vasco.



- \* BERISTAIN, Antonio (1991): *Heriotz Zigorra*, Ediciones Mensajero, Bilbao.
- \* BERISTAIN, Antonio; CUESTA, J.L. de la (dirs.) (1990): *Victimología. VII Cursos de Verano en San Sebastián - I Cursos Europeos. Dirigido por Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- \* CUESTA, J.L. de la; DENDALUZE, I.; ECHEBURÚA, E. (comps.) (1989): *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, IVAC, 1254 pp.

## **XI.5. ACTOS, EVENTOS, HOMENAJES, ETC., EN RELACIÓN CON EL Prof. Dr. Dr. h. c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

En esta sección se recogen aquellos actos, eventos, homenajes, etc., que se han celebrado en relación a la persona, obra, actividades, publicaciones, etc., del Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña.

### ***XI.5.1. Presentación, en Madrid, del libro póstumo “La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia. (In tenebris, lux)”***

El miércoles, 21 de abril de 2010, se celebró en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en Madrid, organizado por la Editorial Dykinson, el acto de presentación de la obra póstuma del Profesor Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña (Catedrático de Derecho Penal y Fundador del Instituto Vasco de Criminología), titulada “*La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia. (In tenebris, lux)*”.



En la foto de izda. a drcha.: Alfonso Serrano Maillo, Javier Gómez de Bermúdez, Enrique Múgica Herzog, Mikel Buesa Blanco, José Luis de la Cuesta Arzamendi.



Asistieron familiares, colegas, amigos, numerosas víctimas del terrorismo, con las que el Profesor Beristain siempre fue cercano y sensible, miembros del Poder Judicial, sus discípulos del Instituto Vasco de Criminología, entre otros.

En el transcurso del mismo, su discípulo y Director del Instituto Vasco de Criminología, el Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi, glosó con emoción y cariño la vida y actividad profesional del Maestro. En este acto intervinieron también el Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, autor del prólogo, el Prof. Dr. D. Mikel Buesa Blanco, Catedrático de la Universidad Complutense, y que ha realizado el epílogo del libro, el Excmo. Sr. D. Enrique Múgica Herzog, Defensor del Pueblo y el Prof. Dr. D. Alfonso Serrano Maillo, Director de la Colección “Estudios Criminológicos y Política Criminal” de la editorial Dykinson.

### **XI.5.2. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña en el VII Congreso de Criminología, Elche, 2, 3 y 4 de junio 2010**

En el marco del VII Congreso de Criminología: “Ciencia y profesión de futuro” VIII Jornadas de Estudio “El accidente de tráfico urbano y su entorno”, organizado en Elche los días 2, 3 y 4 de junio, se celebró, en la primera jornada del congreso, un Acto en Homenaje a la figura del Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain.

Dicho Acto contó con la presencia de su discípulo, y Director del IVAC/KREI, José Luis de la Cuesta Arzamendi, de Andrea Giménez-Salinas, Presidenta de la Asociación Española de Investigación Criminológica (SEIC), de Antonio García Chazarra, Presidente de la Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (FACE), y de Fernando Miró, Director del Título propio de Seguridad y Ciencias Policiales (SECIP) de la Universidad Miguel Hernández.

Durante este sentido Homenaje, José Luis de la Cuesta, tras repasar la trayectoria personal y profesional del Fundador el IVAC-KREI, resaltó el trabajo del Profesor Antonio Beristain en favor de las víctimas, su defensa del principio “*in dubio pro-víctima*” con el objetivo de preservar los derechos de las víctima para su repersonalización. El Profesor José Luis de la Cuesta, recordó asimismo las tres cuestiones fundamentales aprendidas de su Maestro: “el ejemplo de compromiso que tenía, el entendimiento de lo que era enseñar, y la insistencia en los matices”.

La Presidenta de la SEIC, Andrea Giménez-Salinas, ensalzó, entre otras facetas del Profesor Beristain, su compromiso incondicional con las víctimas del terrorismo. Por su parte, tras unas emotivas palabras en recuerdo de Antonio Beristain, el Presidente de la FACE, Antonio García Chazarra, leyó un comunicado del Prof. Dr. Dr. h. c. Tony Peters, Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, agradeciendo el trabajo realizado por Antonio Beristain con la asociación que él preside.

Al finalizar el Acto Homenaje, Antonio García Chazarra anunció la creación del Premio en Criminología Antonio Beristain, impulsado por la FACE y la SEIC, aprobado por unanimidad, en la reunión celebrada en Madrid (Univ. Autónoma), Campus de Cantoblanco, el 15 de enero de 2010, con el fin de promover la convocatoria de plazas para titulados en Criminología. (Veáse apartado XI.6.3).

**XI.5.3. Symposium Internacional: “La contribución de las actuales políticas y legislaciones en la reducción de riesgos y daños relacionados con el tabaco” Homenaje al Profesor Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain**

En el marco de los XXIX Cursos de Verano, de San Sebastián, XXII Cursos Europeos, de la Universidad del País Vasco, se celebró los días 15 y 16 de julio, el IV Symposium Internacional sobre Reducción de Riesgos: “*La contribución de las actuales políticas y legislaciones en la reducción de riesgos y daños relacionados con el tabaco*”, dedicado a la memoria del Prof. Dr. D. Antonio Beristain Ipiña.

En el acto inaugural se rindió un emotivo homenaje a la figura del Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain. En dicho acto participaron su discípulo el Prof. José Luis de la Cuesta, Director de los Cursos de Verano y del Instituto Vasco de Criminología, así como la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, del Gobierno Vasco, Excm. Sra. D.ª Gemma Zabaleta, la Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa, Ilma. Sra. D.ª Cristina Uriarte y el Prof. Dr. D. Ignacio Muñagorri, Director del Curso.

Tras recordar la ingente labor desarrollada por el Prof. Beristain –no sólo en el ámbito de las drogodependencias, sino en relación a la Criminología, al Derecho penal y, muy especialmente en los últimos años de su vida, a la Victimología– resaltaron la calidad humana del Fundador del Instituto Vasco de Criminología, y su valiosa dedicación a favor de las víctimas del terrorismo.

**XI.5.4. IX Jornadas de COVITE sobre víctimas del terrorismo y violencia terrorista: Antonio Beristain, el compromiso vital con los Derechos Humanos**

Las **IX Jornadas de COVITE sobre víctimas del terrorismo y violencia terrorista**, celebradas en San Sebastián los días 28 y 29 de octubre de 2010, han constituido un sentido homenaje a la infatigable labor de Antonio Beristain Ipiña, un hombre de luz (04/04/1924 - 29/12/2009), como jurista, como religioso y, sobre todo como ciudadano libre.

A lo largo de la sesión del jueves 28 de octubre, con el título: “Lecciones de Victimología práctica: ciencia y fe comprometidas” intervinieron Carlos Fernández de Casadevante, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, patrono de la Fundación Miguel Ángel Blanco y Rafael Aguirre, sacerdote, catedrático de Teología de la Universidad de Deusto. Fue moderada la mesa por Silverio Velasco, vicepresidente del Colectivo de Víctimas del terrorismo en el País Vasco (COVITE).

En la sesión del viernes 29, bajo el título: “Antonio Beristain: maestro vital” participaron José Luis De la Cuesta, Director del Instituto Vasco de Criminología y Presidente del Consejo Vasco de víctimas del terrorismo, Esther Giménez - Salinas, rectora de la Universidad Ramón Llull y Maite Pagazaurtundua, Presidenta de la Fundación de Víctimas del terrorismo. Intervino como moderador Javier Mendoza, asesor jurídico del Colectivo de Víctimas del terrorismo en el País Vasco (COVITE).

En el transcurso de la misma, se rindió un merecido homenaje a quien ha sabido ser un apoyo fundamental para el Maestro, tanto a nivel profesional como personal:

Inmaculada Iraola, su secretaria a lo largo de más de 25 años, y que continúa trabajando en el Instituto Vasco de Criminología, ahora también como Secretaria de la Cátedra “Antonio Beristain”.

### **XI.5.5. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña en el VIII Congreso de Criminología, San Sebastian, 29 junio-1º julio 2011**

En el marco del VIII Congreso Español de Criminología: “Convivencia, Libertad y Tolerancia”, celebrado en San Sebastián, los días 29 de junio al 1º de julio 2011, tuvo lugar la tarde del 29 de junio, un Simposio, como homenaje a la figura y obra del Prof. Antonio Beristain, bajo el título “*El legado criminológico y victimológico de Antonio Beristain como vía de promoción de la convivencia: pasado, presente y proyección futura*”

El acto coordinado por la Secretaria Académica de la Cátedra, Isabel Germán, contó con la intervención de cuatro de sus discípulos: Virginia Mayordomo Rodrigo, Profesora de Derecho penal, Universidad del País Vasco, José Luis de la Cuesta, Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto Vasco de Criminología, Ignacio Subijana Zunzunegui, Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, y Gema Varona Martínez, Investigadora Doctora del Instituto Vasco de Criminología.

A continuación transcribimos un resumen de las intervenciones:

#### **Moderadora: Virginia Mayordomo Rodrigo**

La extensa obra científica de Antonio Beristain, pionero de la Criminología y la Victimología en España, refleja su compromiso contra las situaciones injustas, a favor de los derechos humanos y la convivencia social. En sus escritos esclarece puntos clave de la teoría y la práctica del Derecho penal, la Política Criminal, la Criminología y la Victimología, abordando de forma directa las relaciones entre las ciencias jurídicas, las axiológicas y espirituales y el arte. Siempre abierto al debate, la labor de este maestro ejemplar nunca dejó a nadie indiferente: rebelde frente a las situaciones injustas, en su singular método académico dirigido a que sus discípulos aprendiéramos a pensar, buscaba de forma permanente el diálogo y el intercambio de posicionamientos relacionados con cuestiones de especial interés criminológico y victimológico. Algunos de sus discípulos más destacados nos acercarán en este Simposio a su labor, su magisterio, su peculiar forma de enseñanza para facilitar a los que no tuvieron la fortuna de conocerle aquellas herramientas que trascienden su obra escrita y que son esenciales para aplicar no sólo en el trabajo diario, sino en todas las facetas de la vida.

**Primera intervención:** José Luis de la Cuesta Arzamendi, Director del Instituto Vasco de Criminología. “**Un maestro ejemplar**”

Repaso de la obra y magisterio de Antonio Beristain, Catedrático de Derecho Penal y Fundador del Instituto Vasco de Criminología, penalista, criminólogo y victimólogo. Una obra, caracterizada por el esfuerzo en la búsqueda de un sistema penal más humano, centrado en la repersonalización del delincuente y la satisfacción de las víctimas, y en la que se abordan directamente y sin miedo las relaciones entre las ciencias jurídicas y las axiológicas y espirituales, así como de los puntos cardinales del Derecho penal, de la Criminología y de la Victimología: aquellos donde la corrección de las solu-

ciones científicas tradicionales encuentra a veces fuertes dificultades a la luz de criterios de justicia material, y siempre tomando como base aportaciones multidisciplinarias que permiten ver el fenómeno delincinencial y la victimización desde nuevas perspectivas. Una obra y magisterio que no se quedó en la reflexión teórica y doctrinal, sino que se plasmó igualmente en acciones concretas, como las de promoción del voluntariado penitenciario y con las víctimas, en un permanente compromiso por la construcción de una sociedad mejor, al servicio de los menos favorecidos. Precisamente, este compromiso activo de nuestro maestro contra las situaciones injustas y en favor de los derechos humanos le llevó a importantes dificultades personales: durante el franquismo por su lucha contra la pena de muerte y su defensa de los derechos de los presos (“Las cárceles no deben ser cementerios”), así como, en particular, en la última etapa de su vida por su combate frontal contra los diversos perfiles de la macrovictimación terrorista (en particular, la del terrorismo etarra).

**Segunda intervención:** Ignacio José Subijana Zunzunegui, Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. **“Cinco paradigmas de la justicia que el maestro Antonio Beristain Ipiña nos legó para su desarrollo”**

La reflexión que se propone destaca las fecundas aportaciones del maestro Antonio Beristain Ipiña sobre el valor de la justicia. Con vocación evolutiva –cada propuesta parte de la anterior para superarla– y metodología transdisciplinar –en el que el todo es más que las partes que lo integran– el maestro construye un sentido de la justicia permeable a un ser humano integrado por sus disímiles dimensiones: cognitivas, sensitivas, afectivas y espirituales. De forma esquemática destacaría cinco paradigmas:

1. El paradigma de la especial dignidad de las víctimas anudable a su contribución a la plena humanización de la comunidad a la que enriquecen al hacer visible el daño injusto sufrido y confiar en que su reparación sea fruto de la respuesta de las instituciones.
2. El paradigma de la existencia de la macrovictimación, con sus secuelas de víctimas directas e indirectas, derivadas, bien de estructuras socioculturales y económicas injustas que hacen de la marginalidad y la exclusión social el hábitat de una porción considerable de la comunidad humana, bien de organizaciones terroristas y criminales que persiguen la sumisión de los otros mediante el uso o el anuncio de uso del terror.
3. El paradigma in dubio pro víctima como regla de juicio que apuesta por colocar a la víctima en el centro del sistema jurídico, postulando que sus necesidades sean atendidas de forma preferente.
4. El paradigma de justicia victimal que trata de configurar un espacio institucional –el proceso– en el que se valoren como derechos –y consecuente justicia debida– las necesidades que las víctimas tienen de atención –la acogida y escucha–, protección –la tutela de sus opciones vitales– y reparación –el reconocimiento del daño injusto así como el compromiso activo en su restañamiento–.
5. El paradigma de la sanción recreativa que, superando perspectivas estrictamente vindicativas, pretende que la respuesta al delito se funde en exigir al victimario que realice todo lo que está en sus manos para reparar el daño injusto sufrido por sus víctimas.

**Tercera intervención:** Gema Varona Martínez, Investigadora Doctora en el Instituto Vasco de Criminología “**¿Por qué leer la obra de Antonio Beristain? Una invitación provocadora para los jóvenes (y no tan jóvenes) criminólogos**”

A través de esta breve intervención, se tratará de demostrar la pertinencia del legado de Antonio Beristain para los criminólogos de hoy. Ese legado comprende aspectos inmateriales y materiales, plasmados éstos fundamentalmente en una extensa obra escrita, pero también en grabaciones audiovisuales.

Mediante ellos comprobaremos:

1. Cómo nos invita a una enseñanza criminológica que concibe el proceso de aprendizaje como un camino conjunto a recorrer entre docentes y estudiantes, como motivación y entendimiento, pero también como cambio de concepciones.
2. Cómo buscar una verdadera transdisciplinariedad en la investigación, con humildad y paciencia porque no hay certezas a corto plazo para el científico.
3. Cómo transferir a la sociedad el conocimiento científico a través de la creación de instituciones y de la evaluación y mejora de las políticas criminales.
4. Cómo reaccionar ante el totalitarismo de la indiferencia, sin perder la dialéctica científica.

## **XI.6. PREMIOS INSTITUIDOS PARA HONRAR SU MEMORIA**

### **XI.6.1. Premios Extraordinarios Antonio Beristain Ipiña de Victimología a la excelencia humanística e investigadora, de la Fundación de Victimología (Universidad de Murcia)**

Los Premios Extraordinarios Antonio Beristain de Victimología a la Excelencia Humanística e Investigadora, concedidos por la Cátedra Internacional de Victimología Antonio Beristain Ipiña, de la Fundación de Victimología, de la Universidad de Murcia, otorgan el reconocimiento a quienes muestran especial sensibilidad hacia las víctimas en el ejercicio de su labor.

La entrega de dichos galardones, en su primera edición, tuvo lugar durante las I Jornadas sobre: “Los Derechos de las Víctimas: Retos y Posibilidades”, organizadas por dicha entidad los días 19 y 20 de Octubre de 2010, y han recaído sobre Faustina Sánchez Rodríguez, Médico-Forense del Instituto de Medicina Legal de Murcia y Presidenta de la Sociedad Murciana de Estudios Criminológicos; Julio Sánchez Meca, Catedrático de Psicología de la Universidad de Murcia; David Lorenzo Morillas Fernández, Vicedecano de Criminología de la Universidad de Murcia; Francisco García Costa, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia; y a Fernando Navarro Aznar, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia.

### **XI.6.2. Premio “Antonio Beristain” al mejor trabajo de Investigación victimológica**

La Cátedra “Antonio Beristain”, del Instituto Vasco de Criminología y el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, con el fin de promover e impulsar la investigación realizada en el ámbito de la Victimología convocó el **I Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”** al mejor trabajo científico que contribuyera a comprender y mejorar los conocimientos relacionados con esta disciplina. El premio estaba dirigido a jóvenes investigadores que deseen desarrollar su actividad investigadora en el campo de la ciencia victimológica, con especial atención a las víctimas del terrorismo.

#### **Bases:**

- \* Podrá presentarse cualquier investigador de hasta 40 años.
- \* Los trabajos podrán ser presentados en castellano, euskera, inglés o francés, y tendrán una extensión de 30 a 50 hojas en Times New Roman 12, interlineado de 1'5.
- \* Serán enviados 6 ejemplares del trabajo por correo certificado a la sede del IVAC, Centro Carlos Santamaría, Elhuyar plaza, 2 - 20018 Donostia-San Sebastián, además de una copia por correo electrónico a la secretaría del IVAC: [ivac@ehu.es](mailto:ivac@ehu.es)
- \* El IVAC tendrá el derecho de publicar el trabajo premiado en la revista *Eguzkilore* para lo cual su autor facilitará un ejemplar del mismo en soporte informático, pudiéndose declarar el premio desierto.
- \* El jurado estará formado por tres miembros del Consejo de Dirección del IVAC y un miembro delegado del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco. Si por proximidad, o por haber realizado alguna colaboración, algún miembro del jurado tuviera relación con un participante, no tendrá ni voz ni voto en la valoración del mismo.
- \* Tomar parte en esta convocatoria implica renunciar a cualquier acción judicial o extrajudicial contra el veredicto del jurado que será, por tanto, inapelable. La presentación del trabajo implica la aceptación de sus bases.
- \* El **plazo** para la presentación de los trabajos es el **15 de marzo de 2011**.
- \* El premio está dotado con 3.000 euros.

### **XI.6.3. “Premio Antonio Beristain” para el fomento de plazas a titulados en Criminología**

La Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (FACE) y la Sociedad Española de Investigación Criminológica (SEIC), con el fin de impulsar la creación de plazas para los titulados en Criminología han acordado instituir un Premio anual, pionero en su género, que se denominará: “**Premio en Criminología Antonio Beristain**”.

El “**Premio en Criminología Antonio Beristain**” creado en memoria del insigne Profesor, Fundador del Instituto Vasco de Criminología, está dirigido a

la empresa privada o pública: despachos de abogados, asesorías, Ayuntamientos, Instituciones Penitenciarias, Cuerpos Policiales, Administración de Justicia, Centros de Asistencia a Víctimas, etc., con el fin de promover e impulsar la convocatoria de plazas para titulados en Criminología.

El Premio cuya creación fue dada a conocer en el marco del VII Congreso Español de Criminología, el 2 de junio de 2010, en la ciudad de Elche, consiste en una escultura, obra del prestigioso escultor y Criminólogo levantino Eutiquio Estirado. (Véase apartado XI.5.2).

\* \* \*

***Premio Euskadi de Investigación 2009 al Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta y mención honorífica, a título póstumo, al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña.***

En el marco de un solemne acto celebrado en la sede de Lehendakaritza, Vitoria-Gasteiz, el 12 de mayo de 2010, tuvo lugar la entrega del Premio Euskadi de Investigación 2009, al Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi. En este solemne acto la Excm. Sra. Consejera de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, Isabel Celaá, resaltó la trayectoria investigadora del Prof. De la Cuesta y ensalzó el legado que el Prof. Beristain nos dejó en la deslegitimación de ETA y en la defensa de las víctimas del terrorismo, a las que colocó “en el centro de la reflexión política”. También subrayó la “enorme deuda” que la sociedad vasca contrajo con “un hombre bueno y sabio” (<http://www.ehu.es/catedra-antonioberistain>).

**XII. CÁTEDRAS DEDICADAS AL PROF. Dr. Dr. h. c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

- Cátedra “Antonio Beristain” de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.
- Cátedra Internacional de Victimología “Antonio Beristain Ipiña”. Fundación Victimología. Universidad de Murcia.
- Cátedra Antonio Beristain - Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua. Universidad del País Vasco. UPV/EHU.











