

XV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 7- viernes 8/06/2012

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: CRISIS DE LAS GARANTIAS
CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LAS REFORMAS PENALES Y DE
SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES, de la Prof. Dra. D^a
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO .**

Jueves 7 de junio de 2012, 18,15-19,30 h.

Ponente: Prof. Dra. Dña. Mirentxu Corcoy Bidasolo.

Moderador: Prof. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro

Relator: Prof. Dra. Dña. Isabel Durán Seco.



[TÍTULO: CRISIS DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LAS REFORMAS PENALES Y DE SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES]

Ponente: Prof. Dra. D.^a Mirentxu Corcoy Bidasolo. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

Moderador: Prof. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Jorge Barreiro, Corcoy Bidasolo, Díaz y García Conlledo (León), Vega Gutiérrez (Alcalá), Luzón Peña (Alcalá), de Vicente Remesal (Vigo), Paredes Castañón (Oviedo).

Relator: Prof. Dra. Dña. Isabel Durán Seco. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad de León

I.

La **Prof. Corcoy** divide su exposición sobre la crisis de las garantías constitucionales en cuatro bloques fundamentales. El primero, la idea de merecimiento y necesidad de pena como límites en la antijuridicidad y la imputación personal; el segundo, la relajación de los elementos de la teoría del delito y proceso; el tercero, el bien jurídico penal como límite *versus* estabilización de la norma; y, en último término, la organización criminal y el blanqueo como ejemplos de ruptura con un Derecho penal garantista. Finalmente, expone sus conclusiones y propuestas. En general se muestra crítica con la expansión del Derecho penal y considera que una propuesta de restricción podría plantearse desde el Derecho procesal penal a través del principio de oportunidad y el derecho al debido proceso. Considera que hemos de luchar contra la flexibilización de los requisitos probatorios y contra la utilización de la dogmática para evitar la prueba de los hechos. Lo que ha de hacerse es interpretar los preceptos a través de criterios sistemáticos y teleológicos. A todo ello añade que hay que evitar concebir los bienes jurídicos como adelantamiento de la barrera de protección.

II. Debate correspondiente a la ponencia de la Profesora Dra. CORCOY BIDASOLO

Tras la ponencia de la Prof. Corcoy el moderador del debate sobre la misma, el **Prof. Jorge Barreiro**, concede la palabra al **Prof. Díaz y García Conlledo**. El Prof.

Díaz aprovecha para felicitar a la Prof. Corcoy y al Prof. Cancio por su ponencia anterior y se reafirma en lo dicho por ambos. Respecto a lo que ha dicho la Prof. Corcoy considera que la utilización de categorías dogmáticas que se ha ido haciendo a lo largo del tiempo por una parte de la jurisprudencia (sin que ello suponga hablar en sentido negativo de los Jueces -que le consta trabajan muchísimo-) es tremenda, poniendo varios ejemplos: la imputación objetiva, la ignorancia deliberada, y el dominio funcional del hecho que, aunque el Prof. Díaz no comparte, sí considera un gran avance intentar introducir la idea del dominio funcional para justificar cuándo hay coautoría y cuándo no, siempre y cuando se analice si se dan o no los requisitos de ese dominio funcional. Pero el problema está en que a veces no se sabe realmente si se realizó o no la conducta típica, pero se afirma que se da el dominio funcional y se hace responder a los sujetos como coautores. Se muestra crítico el Prof. Díaz en este aspecto, puesto que los tribunales aluden a estas categorías, combinando a veces incluso teorías contradictorias entre sí, como lemas para encubrir decisiones, sin analizar requisitos. Considera el Prof. Díaz que esto supone una prostitución o una mala utilización de las categorías dogmáticas, que nacieron para otra cosa. Así, la imputación objetiva se puede llevar más o menos lejos, pero surgió para ver si además de la causalidad existía un nexo valorativo que pudiera señalar que jurídicamente un hecho era obra de un sujeto, si se le podía imputar. Se podría ampliar más, pero en su opinión dogmáticamente se ha ampliado en exceso. Así, la sola mención en una sentencia de la imputación objetiva da lugar a que se pueda ya tomar cualquier decisión, es decir, que como la imputación objetiva es un elemento normativo-valorativo, se puede emplear de muchos modos. Y volviendo a la coautoría, en el CP colombiano (por ej., por no hablar sólo del español), al leer los artículos relativos a la coautoría, parecen referirse al dominio funcional del hecho. Pues bien, los tribunales colombianos llaman a eso coautoría impropia, de modo que la propia será otra. Así, se afirma en muchas sentencias que estamos ante una coautoría impropia porque se dan los requisitos del dominio funcional del hecho, pero no se analizan los requisitos y en muchas ocasiones faltan algunos de ellos, pareciéndose incluso a la teoría del acuerdo previo, lo que también ocurre hoy aquí en nuestros tribunales algunas veces. El Prof. Díaz considera que es bueno denunciar esta utilización espuria de categorías dogmáticas que nacen para otra cosa. Y como han señalado la Prof. Corcoy y el Prof. Cancio, en defensa de la tendencia a una redacción demasiado amplia o indeterminada de los requisitos de los delitos en nuevas regulaciones legales se aduce que después el intérprete restringe, pero es que no siempre

restringe, además de que esa no es su función. Es el legislador el que debe redactar las leyes y no debe hacer leyes así. El Prof. Díaz considera que es inconstitucional la nueva regulación de los grupos criminales. Y con eso ha desaparecido en la conspiración la discusión de qué papel se debían reservar cada uno de los intervinientes, si debían reservarse todos el papel de coautores o bastaba con otro. Sin embargo, con la nueva regulación esa discusión huelga, puesto que ahora parece que todo sobra, es indiferente el papel que se reserven, pareciendo suficiente con que se reúnan para cometer delitos. En el tráfico de drogas, continúa el Prof. Díaz, con el tema del concepto unitario de autor, la jurisprudencia y la doctrina hacen esfuerzos para distinguir si se es autor o se es cómplice. Aunque es una tarea casi imposible a la vista de la redacción del tipo; por eso lo que no es adecuado es la forma de proceder del legislador. Se pregunta el Prof. Díaz por qué lo hace, y cree que quizá en aras de una política criminal claramente punitivista, que busca en el Derecho penal un instrumento simbólico, es decir, que en el fondo no interesa tanto castigar sino que se vea que se castiga.

A la Prof. Corcoy le gusta el término utilizado por el Prof. Díaz “prostitución”, en lugar del que ella misma ha utilizado de fraudulento y cree que lo cambiará, y utilizará “la prostitución de la dogmática”. Como ejemplo de mala praxis alude la Prof. Corcoy a la STS 1984/2011, relativa a la delincuencia organizada, en la que la fundamentación de la delincuencia organizada se basa en la existencia de continuos contactos telefónicos, dotación de instrumentos móviles, y que ya anteriormente habían realizado actos de esta naturaleza... Pero esa es, señala la Prof. Corcoy, la forma de comunicarse hoy en día y además muchos de los delincuentes claro que ya han realizado actos con anterioridad, precisamente porque se dedican a eso, son profesionales. Y la mayoría de las sentencias van en esa línea.

Interviene el **Prof. Vega Gutiérrez** felicitando a la Prof. Corcoy por su ponencia. Y señala que le gustaría comentar la experiencia de su país, Nicaragua. El Estado se ha decantado por declarar la guerra a la criminalidad organizada. Centroamérica siempre se ha visto como el paso para llevar la droga hacia el Norte. Y se ha señalado que Nicaragua es el país más seguro o al menos el menos peligroso de Centroamérica. En la actualidad se está suscitando una situación bastante complicada desde el punto de vista judicial y que pone en tela de juicio la independencia judicial. Nos recuerda el Prof. Vega que hace un año o dos se causó la muerte de Facundo Cabral, un cantautor argentino, en Guatemala. En esa muerte se vio involucrado un nicaragüense que realizaba aparentemente actividades delictivas de narcotráfico en

Guatemala, Nicaragua y Costa Rica. Este nicaragüense quedó gravemente herido y ahora va a testificar contra el supuesto autor intelectual, figura que el CP de Nicaragua ha introducido precisamente para combatir el narcotráfico en el año 2008. La dirección de la policía admite abiertamente (nadie lo decía en voz alta porque no estaba regulado) que se ha creado una dirección de operaciones encubiertas. Continúa explicando el Prof. Vega que existe el agente encubierto, introducido en el ámbito de la delincuencia organizada, pero luego ese tipo de prueba se introduce en el proceso penal, sin que exista ninguna regulación al respecto, como en otras legislaciones donde la utilización de esta categoría requiere autorización judicial en algunos casos, otra vez autorización del Ministerio Fiscal. En este caso se ha visto involucrado un diputado que goza de inmunidad, es arrestado, el juez se percata de que goza de inmunidad y solicita el levantamiento de la inmunidad al parlamento para poderlo procesar. Sin embargo, cuando se da cuenta de ello, suspende el procedimiento y lo deja detenido más allá del periodo constitucionalmente establecido de las 48 horas. El argumento que ofrece es que si lo deja en libertad puede escaparse mientras se tramita el proceso de desaforación. El proceso de desaforación se suscita un martes, se aprueba un miércoles de forma maratónica e inusual y los diputados solicitan expresamente a la directiva que se salte todo el procedimiento de desaforación, que incluye el derecho de la persona referida a defenderse ante ese proceso, con la justificación de que esa persona ya está detenida después de las 48 horas y puede escaparse si lo dejan en libertad. De esa manera se tiene la sensación, desde el punto de vista político, de que el Estado está combatiendo abiertamente la criminalidad organizada y luego los Magistrados de la Corte Suprema emiten una circular a todos los jueces en la que se les advierte de que liberar a cualquier persona involucrada en el narcotráfico por un tecnicismo legal (que el Prof. Vega afirma no saber a qué se refieren con esto) va a ser sospechoso de cualquier trato de favor al crimen organizado. Eso se traduce en que ningún juez va a dejar en libertad a una persona, sino que van a decretar la prisión preventiva, pues en otro caso el juez va a ser destituido, porque se convertirá en sospechoso por brindar las garantías del debido proceso. El Prof. Vega considera que se vulneran las garantías del debido proceso no entendidas exclusivamente en el ámbito del proceso penal, sino en este caso del proceso parlamentario que se debía haber seguido ante este diputado para la desaforación, que incluye además el derecho a la defensa en el levantamiento de la inmunidad. Y bajo ese argumento se tramita en 4 horas el proceso de desaforación y le dejan detenido porque ya se encuentra desaforado y entonces ya no hay detención ilegal

en este caso concreto. Después de la amenaza que se dio por parte del TS respecto al tema de los tecnicismos legales también se justifican por parte del tribunal las detenciones ilegales, atentándose contra la independencia judicial, y luego se aplican una serie de normas procesales de forma retroactiva. Es decir, prisión preventiva para un catálogo de delitos entre los que se encuentran evidentemente los delitos vinculados a la criminalidad organizada, se establece que en este tipo de delitos no se puede aplicar ningún beneficio penitenciario, que la medida preventiva por excelencia es la prisión preventiva y que no existe ninguna otra y sobre esto se podría discutir, pues no hemos de olvidar el tema de la retroactividad de las normas procesales (cree que hay también una circular en España del MF en la que se establece que podría aplicarse porque las leyes procesales rigen en el momento procesal en el que tienen que aplicarse).

Se dice eficacia *versus* garantía. El Prof. Vega pregunta a la ponente qué opina al hilo de la experiencia que ha comentado y ese ataque a la criminalidad organizada que el Estado quiere poner en evidencia para que la ciudadanía se sienta segura y tranquila; denunciar esto ¿nos convierte directamente en abanderados de la narcoactividad? y denunciarlo abiertamente ¿es también sospecho de vínculo con la narcoactividad?

La Prof. Corcoy agradece la intervención del Prof. Vega y señala que al escuchar la situación en otros países se da cuenta de que la situación no sólo está mal en España. Señala la Prof. Corcoy que el Prof. Vega ha aludido a un tema interesante que es la división de poderes, la ponente cree que ya no existe. Y en la situación explicada por el Prof. Vega queda claro que las garantías se olvidan y que los políticos han encontrado ahí un caldo de cultivo. Y respecto al tema seguridad *versus* eficacia, la ponente manifiesta sus dudas acerca de la inseguridad que nos quieren hacer creer que existe. En su opinión se nos habla de una inseguridad que no se sabe en realidad hasta dónde llega y cabe preguntarse hasta dónde son eficaces esas garantías que se saltan. Ha costado mucho encontrar un sistema de Estado de Derecho con unas garantías y cree que no deberían saltarse en ningún caso. Nos recuerda la Prof. Corcoy que antes existía el estado de excepción y que quizá resulte conveniente planteárselo en determinados casos en los que realmente se dé alguna circunstancia de emergencia y para un momento y situación concreta, pero no saltarse las garantías creadas una tras otra.

Interviene el **Prof. Luzón Peña** para señalar que le asalta la siguiente reflexión: no sólo en materia de crimen organizado sino en general en todo el fenómeno de la expansión de la legislación penal, del DP, de crear varias clases de DP, de varias

velocidades, del DP del enemigo (que en parte es para la criminalidad, no política, pero sí organizada y reincidente) etc. , pero también para otro tipo de delitos, el que las legislaciones en todas partes (y, por cierto, como ya ha dicho antes Juan Pavía, en países democráticos, no en dictaduras) cada vez vayan arrinconando más los conceptos, categorías y distinciones del DP por un lado y las garantías del Derecho procesal y constitucional-procesal por otro, ¿esto no es un fracaso enorme de la actual ciencia del Derecho penal y no ya porque no nos entiendan los prácticos y/o los legisladores penales, sino porque no lo comparten, porque no comparten lo que hacemos los dogmáticos, la dogmática tradicional, las distinciones entre autor y partícipe, la accesoriedad, la preparación individual y colectiva, la punición sólo muy excepcional de la preparación...? Todas estas categorías que hemos ido elaborando desde hace casi dos siglos y que son la consecuencia de la dogmática penal de origen germánico y que luego hemos ido reproduciendo en otros países con bastante éxito doctrinal e incluso con acogida de los tribunales, sin embargo, esto está fracasando estrepitosamente y no sólo en la criminalidad organizada. Se pregunta el Prof. Luzón ¿despertamos sensación de que nos excedemos? Su segunda pregunta es ¿tendremos algo de culpa en que quizá hayamos sido excesivamente detallistas? ¿Reflexionamos si la población nos sigue y nos entiende (y no habla de las garantías procesales, se refiere a los conceptos penales y por tanto a que distingamos tajantemente entre una tentativa y un delito consumado, una participación y una autoría, una preparación y una tentativa etc. etc., que distingamos entre un delito doloso -con dolo eventual con determinadas características- y un hecho imprudente, que puede ser impune en la mayoría de los casos). A ello añade el Prof. Luzón una última pregunta: ¿lo que está ocurriendo en la práctica no es el triunfo apabullante del common law, del Derecho penal de creación judicial flexible sin vinculación, no ya al principio de legalidad penal, sino a las categorías de la dogmática tradicional de inspiración o de origen germánico?

La Prof. Corcoy está de acuerdo con todo lo manifestado por el Prof. Luzón y considera que estamos en una situación no dice límite, pues hay otras crisis, de valores, económica. Y Estados democráticos, como Alemania (que ha sido referente), la idea de la libertad vigilada española la tienen con la idea de la custodia de seguridad en prisión, en un pabellón diferente, eso es una medida de seguridad predelictual, por mucho que se establezca en la ley; el sujeto ya ha cumplido la pena, de modo que todo lo que le imponemos con posterioridad a la pena, desde el punto de vista de la Prof. Corcoy es en relación con futuros delitos, de modo que entiende que es una medida predelictual.

Se refiere a la Ley de Vagos y Maleantes, que luego se llamó Ley de Peligrosidad y Rehabilitación. Cree la ponente que estamos volviendo a todo este tipo de cosas. Y haciendo referencia a lo último que se ha dicho, reconoce la Prof. Corcoy que puede ser que no nos entiendan, que tengamos culpa, pero también puede ser que lo que esté influyendo en la población sean los medios de comunicación, el llamado populismo punitivo, lo que vende, los juicios paralelos, y ella cree que eso es nefasto también. La idea de la venganza es un instinto que tenemos los humanos y el Derecho ha intentado romper con esta idea y tratar de establecer unos límites. Acaba reconociendo que igual no nos entienden, pero igual no han de entendernos tanto. Reconoce no estar de acuerdo con la institución del jurado popular. Pero con sentencias del Jurado como la de Valencia o la de Barcelona de Tous, no sabe si podemos creer mucho. No está en contra de la sociedad, la sociedad es tal como se lo venden y como se lo presentan y si les dicen que algo va a dar mucha seguridad, pues claro que están de acuerdo. Reconoce la ponente que es normal esa reacción, pero que lo que no se le explica a la población es que con más pena no se soluciona el problema y que si alguien quiere matar a su mujer lo va a hacer independientemente de la pena que se le imponga. Considera que no hay forma de llegar a la sociedad. Y como anécdota comenta que ha estado en la televisión defendiendo que está en contra del cumplimiento íntegro de las penas y que allí le comentaron que sentían mucho que le tocase defender esa postura, e incluso les pareció extraño que se creyera la postura que iba a defender. Es difícil transmitir, sobre todo si se les lanzan mensajes de miedo, de alarma social, etc. etc. Por tanto, ahí hay una mezcla de cosas.

Y respecto del common law también es cierto, pero ellos tienen otras garantías y las garantías procesales las cumplen. Lo malo es cuando mezclamos dos cosas y copiamos lo malo de un sistema. No introducimos los límites que ellos sí introducen, sino que sólo copiamos.

El Prof. **de Vicente Remesal** señala que una de las cosas que con más vehemencia y convencimiento intenta transmitir a los alumnos es precisamente la finalidad de los elementos de la teoría del delito, porque considera que es peligroso ponerlos en tela de juicio. Cree que por encima de todo está la idea de seguridad jurídica.

Señala que está de acuerdo con lo dicho tanto por el Prof. Cancio como la Prof. Corcoy, pero con lo que no lo está es con el título de la ponencia de la Prof. Corcoy, porque lo que está en crisis no son las garantías constitucionales, sino las reformas

penales y la interpretación de los tribunales frente a las garantías penales; uniendo eso con lo que se planteaba el Prof. Luzón, quizá podría uno preguntarse si es la consciente o inconsciente afectación de las garantías constitucionales a través de estas reformas y estas interpretaciones de los tribunales. Lo más preocupante es que sea inconsciente.

La Prof. Corcoy considera que es inconsciente (por falta de conocimiento, pero sería por ignorancia deliberada, así que se podría reprochar como consciente), que quizá repiense el título, pero que lo que quería señalar es que lo que está en crisis son las garantías constitucionales por muchas razones, está en crisis el derecho de defensa, el principio de legalidad etc., así que en la publicación concretará qué garantías constitucionales en concreto están más afectadas.

El **Prof. Paredes Castañón** interviene para hacer una reflexión autocrítica. Discrepa de que la ciudadanía sea tan punitivista como se dice, hay estudios que demuestran que la pena que los ciudadanos pondrían ante la comisión de determinados delitos es menor a la pena establecida en el CP. La cuestión es que ellos desconocen la pena, pero lo que oyen es que está poco penado. No tiene tan claro que sea así, pero lo que sí es evidente es que tenemos un problema de comunicación. El Prof. Paredes cree que una parte inevitable del problema son los técnicos, pero es que también nos cuesta hablar mucho del fondo del asunto. El fondo del asunto no son las garantías, sino el modelo de justicia penal que tenemos, el modelo de Juez, de fiscal, de policía, el modelo de derecho de defensa etc. y eso es meterse en terreno pantanoso. Considera el Prof. Paredes que hemos de abandonar el discurso en el sentido de que no se respetan las garantías penales, lamentándonos y recordando otros tiempos. A él lo que le parece el DP es una estafa, como una burbuja inmobiliaria, un DP que permite hacer lo que se quiera con él, cuando se quiere “dar caña” se da, cuando se quiere sacar a alguien de prisión se le saca, y ese DP es muy cómodo para según quién. Cree que esto hay que decírselo a la gente. A la ciudadanía la están engañando y deberíamos ser capaces de transmitir eso al mundo exterior.

La Prof. Corcoy está de acuerdo y el punitivismo no está tan asociado a las necesidades sociales como lo que le venden a la sociedad. A la sociedad le venden algo que no es. Hay un trabajo de Daniel Varona que está muy bien en relación con eso, precisamente con estadísticas. Sin embargo, la ponente considera que si hay técnicos en todas las cosas, también debería haberlos en el Derecho. Considera que los que hacen los proyectos legislativos deberían ser técnicos, expertos de verdad.

Y está de acuerdo en que el modelo de justicia es un desastre y que es imposible que la justicia pueda funcionar. Se muestra crítica con el sistema de acceso a la judicatura. Concluye señalando que sí cambiará el título.

El moderador, Prof. Jorge Barreiro, cierra el turno de debate.