

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

**RECENSIÓN A LA OBRA
RAZONES Y SINRAZONES PARA UNA
CRIMINOLOGÍA FEMINISTA, DE MARÍA LUISA MAQUEDA
ABREU, MADRID: DYKINSON, 2014, 294 PÁGINAS**

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Universidad Nacional de Educación a Distancia

La producción criminológica española de calidad no es abundante, de modo que la presente contribución de la profesora María Luisa Maqueda Abreu debe ser recibida con satisfacción. Existe una vieja distinción entre criminología crítica y criminología positiva mayoritaria que ha sido contestada, pero que a mi juicio, con todos los peros y matices que se quieran tanto respecto a éste como a todos los etiquetados en general, sigue siendo válida, desde luego en nuestro caso. El motivo de esta aprobación reside en la definición de la Criminología como una disciplina pluriparadigmática (Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, 3.^a ed., 1996, pp. 10, 15, 18-19, 23, 43-44 y 182-191 sobre todo, así como p. xi sobre la coexistencia contemporánea de más de un paradigma). Asimismo debe concederse que este planteamiento no agota la riqueza de las ciencias criminales y no niega que cada una de estas tradiciones sea extremadamente heterogénea en su seno, aunque sí que exista entre ellas una zona común. La Criminología feminista es un movimiento muy heterogéneo, de modo que aunque sus posiciones se ubican mayoritariamente bajo el paraguas de la varia tradición crítica, existen excepciones. La obra *Razones y sinrazones* parece decantarse por la primera opción si se observa verbigracia su insistencia, pese a su énfasis en el género, en que las fuentes de la discriminación son diversas, por ejemplo en la cita de Kee acerca de «arraigadas distinciones sociales y políticas entre *sexos, razas o clases*»

(p. 277, énfasis añadido). Si se concede este carácter pluriparadigmático de nuestra disciplina, entonces existe un claro peligro de confusión cuando se trata de valorar una perspectiva desde otra orilla. No sólo eso, el *delito* puede verse como un *campo* en el sentido de Bourdieu, que no es otra cosa que un escenario de conflicto (Serrano Maíllo, *La estructura de la teoría criminológica contemporánea*, 2008, pp. 73-76). Y este conflicto no sólo tiene lugar al hilo de ideas abstractas, sino por financiación, prestigio, influencia... y, en el caso de España, por sexenios, acreditaciones y cátedras. Los rechazos a la Criminología mayoritaria son bien conocidos (Young, *The criminological imagination*, 2011, p. 197). Desde las filas más positivistas, Mario Bunge, por ejemplo, mantendría que mucho de lo que pasa por Criminología crítica es sencillamente pseudociencia y tiene consecuencias dañinas («Cientifismo», conferencia pronunciada en el Departamento de Derecho penal y Criminología de la UNED, en <<https://canal.uned.es/mmobj/index/id/19670>>, accedido el 22 de enero de 2015). Es tanto lo que se ha escrito sobre estas cuestiones que no volveremos a mencionarlas. Confío en que más adelante se hará evidente el motivo de subrayar esta división.

La monografía que aquí nos ocupa se encuentra organizada en torno a dos bloques. El primero realiza un «recorrido por los discursos criminológicos acerca de las mujeres» (en el área de las causas del delito) y comienza apuntando a «La complicidad de la Criminología en un control de género»; mientras que en la segunda parte se pasa «De la teoría a la práctica» y se presenta una extensa parte empírica tanto a partir de datos oficiales cuantitativos como de análisis de sentencias. En todo momento la autora realiza un esfuerzo bibliográfico en unos campos varias veces inabarcables. Además, el mismo es útil para la argumentación y para el lector curioso o crítico en cuanto que se hacen constar los números de las páginas relevantes de cada referencia bibliográfica. Mediante este proceder se remite a otros argumentos que se incorporan al texto principal, se refuerzan los propios, se facilita que el lector satisfaga su deseo de profundización, etc. En mi caso, la principal razón para mencionar las páginas de los trabajos es que se gana en precisión: muchas veces en que me he levantado a consultar una publicación he comprobado que no sostenía exactamente lo que yo pensaba, cuando no se trataba de la postura opuesta –naturalmente, también se puede comprobar el pasaje y todavía así no hacer constar la página aunque se tenga delante. Existe en la Criminología nacional una tendencia a no tomarse esta molestia, una práctica que hasta hace poco era casi inexistente en las ciencias criminales españolas. Posiblemente se mantenga por parte de algunos colegas

patrios que la Criminología positiva mayoritaria anglosajona no cita las páginas, pero entonces no se entiende por qué no se copian también prácticas valiosas desde un punto de vista científico. Quizá la idea de multidisciplinariedad incluya tomar de las distintas tradiciones académicas lo que vaya resultando más cómodo. La monografía que aquí nos ocupa no sigue, afortunadamente, este camino fácil.

La lectura de *Razones y sinrazones* es cómoda y sugerente. El estilo de escritura de la profesora Maqueda es resuelto y con una elevada carga crítica. De estas consideraciones críticas no se libran ni el autor de *Las formas elementales de la vida religiosa*, la obra más importante de ciencias sociales de todos los tiempos (p. 42), como nos gusta decir a Goffman y, modestamente, a un servidor; ni un seguidor remoto como Hirschi (p. 70). En la literatura se puede encontrar un tipo de *deconstrucción* en la que se interpreta la estructura profunda de un escrito con la finalidad de comprenderlo mejor que su propio autor, que es una metodología legítima y bienvenida, aunque cuando adquiere tintes morales se aleja del postmodernismo, con su toque de solidaridad, que le subyace (Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, 1989, p. 189).

El libro plantea la importante cuestión de cómo ciertas formas de saber confluyen con estrategias de control. Ello refleja un escenario sutil. En efecto, aunque no se define qué es la Criminología, se afirma que ésta contribuye o al menos es cómplice en una imposición de un control de género y de una naturalización de un estatus diferenciado y discriminatorio para las mujeres (pp. 21, 27, 33, 46 y 84). Así, se insiste en la imagen de pasividad que la Criminología atribuiría a las mujeres –contribuyendo de este modo a la perpetuación de un estatus inferior frente a los hombres y a que ello sea visto como algo natural y no como una construcción que puede (y debe) modificarse, Bourdieu, *La dominación masculina* (trad. Jordá), 1998/2000, pp. 12, 37-39 y 46. Esta observación es sin duda acertada y se puede apreciar en al menos algunas teorías, investigaciones y descripciones criminológicas. Como repetiré, soy algo más escéptico si se plantea un efecto causal puesto que las estructuras patriarcales y las fuentes de discriminación en razón de género en España han tenido y tienen un gran vigor, mientras que la Criminología científica, independientemente de cómo se defina, quizá exista muy modestamente en la actualidad, pero hasta hace muy poco era la labor aislada de un reducido número de estudiosas y estudiosos alejados de cualquier estructura de poder, cuando no aislados por éstas. En contraste, la profesora Maqueda Abreu defiende con vigor la agencia, autonomía y autodeterminación de las mujeres (pp. 22, 45-46, 70, 76, 80, 85, 86, 87, 136, 145, 148 y 273-

274). La idea de *agencia* ha penetrado en la Criminología positiva mayoritaria en los últimos lustros (Wikström et al., *Breaking rules*, 2012, pp. 8 y 20) por parte de teóricos para quienes la disciplina en general ofrecía una imagen demasiado determinista de los individuos –de todos. En este déficit, sin embargo, también se incluye al feminismo radical que, sometido igualmente a una suerte de deconstrucción, dibujaría unos individuos «reprimidos por relaciones de poder con base en el género de estructuras patriarcales» (Henry y Milovanovic, *Constitutive Criminology*, 1996, p. 22). A menudo, sin embargo, no se aclara qué aporta este concepto de agencia por ejemplo a una teoría clásica de la criminalidad; como tampoco equivale a libre albedrío; ni, por último, qué ventajas ofrece frente al planteamiento más tradicional de niveles de análisis micro/macro (R. Collins, *Interaction ritual chains*, 2004, p. 6). En el caso de *Razones y sinrazones* lo que se quiere decir es que las mujeres son capaces de hacer que pasen cosas, de tomar la iniciativa. Ellas, por lo tanto, se concluye, también son capaces de delinquir (así, por ejemplo, p. 148). Esto es importante, aunque la imagen de pasividad y secundariedad no procede exclusiva e incluso principalmente de la frecuencia de su comportamiento criminal o desviado, sino de los mecanismos explicativos seleccionados, como puede ser escasa ambición, resignación o reticencia para aprovechar oportunidades que a la vez implican un riesgo.

En su reclamación de la agencia femenina, la profesora Maqueda no se queda en ejemplos prácticamente antediluvianos como es habitual, sino que trae a colación teorías ciertamente muy actuales, entre las que merece destacar la del poder/control (pp. 61-62 y 70-75). Aunque esta propuesta no sale bien parada del todo bajo la lupa de la profesora, ésta se felicita por su reconocimiento de la agencia femenina (p. 75). Esta inclusión es ciertamente saludable debido a que se trata de una propuesta brillante pero poco conocida en España y América Latina, a pesar de la gran atención teórica y empírica que ha merecido a nivel comparado (Serrano Maíllo y Regis Prado, *Curso de Criminología*, 2.^a edición, 2013, pp. 367-370). Una excepción en nuestro ámbito es el trabajo de la profesora Realpe Quintero («La teoría del poder-control y su aplicación en Cali, Colombia», ponencia impartida en I Simposio de Investigación Criminológica, 2013), quien a partir de datos del *Estudio de Delincuencia Juvenil de Cali* y mediante ecuaciones estructurales contrastó una versión del modelo de Hagan y sus colegas y encontró evidencia favorable para el mismo con algunas pocas matizaciones (CFI=0,978). En concreto, el control de los padres y las madres desplegaba un efecto sobre el delito, pero, tal y como pronostica la teoría, de modo indirecto. En un segundo

modelo, pudo hallar que la estructura patriarcal de la familia influía en el control de los padres. Aquí, pues, se encuentra una tesis a mi juicio muy brillante sobre la brecha de género que merece la pena aplicar a nuestra realidad y que puede incluirse en la heterogénea y amplia familia de la Criminología feminista.

Uno de los elementos más definitorios e interesantes de la monografía que aquí se recensiona es una preocupación por preguntas en las que también se interesa la Criminología positiva mayoritaria. Ello es por un lado una muestra de la enorme riqueza y diversidad de la Criminología feminista pero, sobre todo, de la propuesta de áreas de compatibilidad entre paradigmas supuestamente aislados entre sí. Ello puede ser visto como un intento de tender puentes. De entrada existe una detallada discusión acerca de si las mujeres cometen los mismos delitos que los hombres (pp. 79-84 y 96) y se concluye que «hay un patrón común en los delitos que cometen hombres y mujeres», «no hay diferencias cualitativas en la implicación criminal de hombres y mujeres» (p. 80); seguida por la no menos decisiva de si las razones de la criminalidad de unos y otros son diferentes o no (pp. 84-89), con la indicación de que cualquier postura debe reconocer la agencia de las mujeres e introducir factores sociales estructurales; para finalizar con la espinosa materia de por qué delinquen menos las mujeres que los hombres, para lo cual se menciona su identidad cultural, su autonomía y racionalidad, una potencial inversión de la interrogación y la sobreexposición a diversas instancias de control (pp. 89-96). Esto último va en la buena dirección ya que una cosa es criticar aportaciones ajenas desde puntos de vista ideológicos, estéticos... y otra realizar propuestas testables.

Algunas pruebas señalan que la criminalidad de las mujeres presenta diferencias frente a la de los hombres. Verbigracia, tienden a ser más leves (Serrano Maíllo, *Introducción a la Criminología*, 6.^a edición, 2009, p. 504). Los propios datos de la profesora Maqueda Abreu apuntan en esta dirección cuando se comparan los porcentajes de las mujeres detenidas/imputadas con referencia particularizada a sus delitos en la Tabla A (pp. 150-153). Para todos los años de la serie (2007-2013) existe una gran desproporción entre el total de arrestos/imputaciones de mujeres por *faltas* y por *delitos*. De este modo, para 2013 las mujeres protagonizaron el 32,6 por ciento en la categoría de faltas de esta ambigua categoría de actuaciones del Sistema de Administración de Justicia de la que informa desde hace algún tiempo el Ministerio del Interior; pero sólo el 13,3 por ciento en el caso de delitos y el 17,1 por ciento del total de infracciones penales. Aunque la interpretación es mucho más compleja de lo que pue-

de parecer si se deja hablar a los datos por sí mismos (Serrano Maíllo, *Introducción...*, cit., p. 515), en principio y a la luz de otros hallazgos (por ejemplo, pp. 184 y 276), los mismos evocan diferencias en la gravedad de las conductas delictivas en sentido amplio. Idéntica conclusión puede extraerse de algún otro de los rigurosos análisis de la monografía que nos ocupa, como el referido al delito de «violación» (pp. 222-226). Lo escribo entre comillas porque existe una cierta discusión, en absoluto baladí, sobre su oportunidad, y así existen propuestas desde hace tiempo de eliminar o sustituir el término, así Helmken, *Vergewaltigung in der Ehe*, 1979, p. 71. Los delitos sexuales y la violación en particular son de enorme interés para la Criminología debido a que la ya de por sí abismal brecha de género aquí se abre de modo impresionante hasta el punto de que la probabilidad de encontrar mujeres entre los agresores es muy baja, Serrano Maíllo y Fernández Villazala, «Aproximación a una fenomenología de los delitos sexuales», en *Punitividad y victimación en la experiencia contemporánea* (Kury y Serrano Maíllo eds.), 2009, pp. 187-190. Aquí es sugerente la conocida tesis de Brownmiller de acuerdo con la cual la violación constituiría un instrumento de control de las mujeres por parte de los hombres, que de esta manera instaurarían un estado casi constante de temor ante la eventual y siempre vigente amenaza de ser víctima de tal delito, *Against our will*, 1975, p. 5 y *passim*. La idea, algo más refinada, pasa por anteponer un elemento de control frente al puramente sexual. Esto tiene una gran tradición –verbigracia, ya Holmstrom y Burgess, «Sexual behavior of assailants during reported rapes», en *Archives of Sexual Behavior*, 9, 1980, pp. 427 y 435; Rada, «Psychological factors in rapist behavior», en *Clinical aspects of the rapist* (Rada ed.), 1978, p. 24– y, así, nada menos que Frommel encuentra la esencia de la infracción en *ir contra la voluntad de la víctima*, «Sexualisierte Gewalt», en *Zur Reform des Sexualstrafrechts*, 1994, p. 119. Quizá aquí existiría uno de los mecanismos estructurales que reclama la profesora Maqueda Abreu (p. 87), pero que tan difíciles son de incorporar a teorías de nivel individual. Visto de otra manera –verbigracia, concediendo el monopolio al elemento puramente sexual– no parece explicarse muy bien una diferencia tan abismal entre la brecha de género del homicidio/asesinato y la violación. De pasada puede recordarse cómo la geografía mitológica de los ritualistas navegantes trobriandeses que describe Malinowski incluía el país de Kaytalogi: «es una tierra sólo de mujeres en la cual ningún hombre puede sobrevivir. Las mujeres [...] Son extremadamente peligrosas para cualquier hombre por la violencia sin límites de su pasión. Los nativos nunca se cansan de describir gráficamente cómo satisfacen estas

mujeres su lujuria sensual si agarran a algún desafortunado náufrago. Nadie puede sobrevivir, ni siquiera por poco tiempo, a los amorosos pero brutales ataques de estas mujeres», *Argonauts of the Western Pacific*, 1922, p. 223. A nuestros intereses, un móvil puramente sexual permite imaginar fácil e intuitivamente comportamientos criminales en las mujeres como los que relataban estos cultivadores del Kula –cuya imaginación, debe reconocerse, era formidable– en presencia de peligros muy reales de la navegación.

Otro de los puntos clave del trabajo de la profesora Maqueda, ya mencionado, reside en su denuncia de múltiples fuentes de discriminación. Sin duda, órdenes de género pero también de raza, clase, origen, lugar de residencia... actúan de modo a menudo sutil pero siempre contundente para establecer barreras y excluir a grupos sociales. Una forma de entender este escenario parte de la idea de interseccionalidad. Ello puede quizá identificarse en frases como la siguiente de la monografía que nos ocupa: «denunciar una aplicación selectiva de la ley que se traduce en la criminalización de mujeres siempre pobres, con graves cargas familiares, un bajo nivel cultural y profesional y muchas veces pertenecientes a minorías étnicas, significativamente mujeres gitanas que arrastran el peso histórico de su exclusión social» (p. 277, así como 20, 102, 111 y 268). Este punto de vista, al menos entendido en una de sus versiones más influyentes como es la de la *diferencia* –para la que la mujer no es una categoría monolítica (P.H. Collins, *Black feminist thought*, 2.^a ed., 2002, pp. 45-68)–, se opone dramáticamente a otros dentro ya del feminismo. Modestamente, mi propia postura –y en ello sigo a Sally Simpson, a cuyos seminarios en la Universidad de Maryland tuve el privilegio de asistir– es favorable a esta idea de interseccionalidad para el estudio de la discriminación (*Introducción...*, cit., pp. 520-521) –su relevancia para la teoría criminológica puede ser matizada, vid. Simpson y Gibbs, «Making sense of intersections», en *Gender and crime* (Heimer y Kruttschnitt eds.), 2006, p. 282. Igual que es frívolo disimular el efecto discriminador de estructuras patriarcales, también lo sería hacer lo propio con estructuras de clase, de raza, de base ecológica u otras formas de poder. Este concepto implica que son siempre diversas las variables relevantes, y no única y exclusivamente el género –pese a su indiscutible importancia–: las mujeres tienen una posición desaventajada en la sociedad que sería insensato minimizar, pero ello se agrava cuando se forma parte de una clase social desfavorecida o una raza o etnia minoritaria. En palabras de Simpson «Clase, género y raza como mejor se entienden es como sistemas de dominación y control que interseccionan» («Caste, class, and violent cri-

me: explaining difference in female offending», *Criminology*, 29, 1991, p. 125). Dicho con otras palabras, la discriminación no es ni igual ni se distribuye de modo aleatorio a lo largo de la distribución de cada una de estas variables. En la literatura, como se dijo, existen otras interpretaciones de cómo afectan distintas dimensiones a las mujeres (Connell, *Masculinities*, 2.^a ed., 2005, pp. 80-81); así como críticas al concepto de interseccionalidad (Connell, *Gender*, 2.^a ed., 2009, pp. 86-87). En una aplicación de esta idea, Maher encuentra en su magnífico trabajo sobre el mercado callejero de la droga en Brooklyn que aquí a los hombres inmigrantes y de minorías les va mejor que a las chicas, si bien las de origen europeo pueden tener una cierta ventaja para algunas cuestiones sobre las pertenecientes a minorías (*Sexed work*, 1997, p. 204 sobre todo).

A mi modo de ver, es menester profundizar en la noción de interseccionalidad, aunque con ello se minen determinadas posturas radicales del feminismo. Quizá aquí se puedan encontrar pistas para algunas preguntas importantes, y pondremos un par de ejemplos. La profesora Maqueda Abreu señala con argumentos sólidos sus reticencias hacia normas jurídico-penales *género-específicas* (pp. 22 y 275). Aunque parece no mencionarlo, puede plantearse si ello es extensible a políticas públicas más generales específicamente basadas en el género. Así, Wilson ha trabajado en esta línea manteniendo igualmente ir más allá de la especificidad para afrontar problemas más amplios de la estructura social que permitan que las soluciones lleguen a los «verdaderamente desaventajados» (*The truly disadvantaged*, 1987, p. 138 y *passim*). Esto no es a mi modo de ver baladí. Caben pocas dudas de que la Criminología científica se desarrolla habitualmente en el seno de las universidades. Este es el caso sin duda de España. Desde este punto de vista es difícil señalar cualesquiera consideraciones críticas de la primera sin decir nada de la segunda. Aquí también es precisa una actitud crítica: primero para comprobar si el presente sistema español favorece una investigación rigurosa e independiente que permita el desarrollo de una Criminología seria (Rorty, *Take care of freedom and truth will take care of itself*, 2006); y, segundo, para revisar si determinadas prácticas actuales contribuyen a la insoslayable promoción de la igualdad o si, por el contrario, ahondan en las diferencias en algunos casos por la imagen que, acaso como la Criminología, se transmite –en una especie de adhesión paradójica a la dominación (Bourdieu, ob. cit., pp. 49-59). Como digo, ambas cosas son importantes porque lo que debemos buscar no son expedientes groseros de discriminación, sino sutiles; y quien piense mal quizá pueda entrever estrategias invisibles de desactivación del discurso igualitario. Si no se cumplen estas condicio-

nes, parece difícil que las prácticas científicas –*en conjunto*, ya que no es plausible que la criminológica intervenga de modo aislado de todas las demás– dejen de ser cuanto menos cómplices con alguna forma de abuso y discriminación.

El segundo ejemplo es el siguiente. En *Razones y sinrazones* se plantea la falta de colaboración que a menudo se ha observado entre enfoques críticos –pese, incluso, a llamadas a *alianzas estratégicas*. Así, se plantea «¿por qué [...] las teorías de la reacción social y del feminismo no se aprovecharon mutuamente?» (p. 20, nota 18). No sólo eso: el enfoque del etiquetamiento recibió algunas de las más aceradas críticas desde las filas del feminismo (Best, *Deviance*, 2004, pp. 38-41). Esta es una observación paradójica ya que, como dice Best, las críticas más inesperadas a menudo proceden de filas que se suponen próximas. La Criminología positiva mayoritaria no es ni mucho menos una excepción y parece sentirse particularmente amenazada por acusaciones sobre el omnipresente enfoque frecuentista y basado en la significación estadística o sobre la carga de error que plaga sus mediciones –así sus publicaciones más influyentes se blindan frente a consideraciones de este tipo. De nuevo, aquí puede verse la relevancia de distintas dimensiones que interseccionan y, en algunos casos, cuáles se privilegian frente a otras.

La reciente monografía que aquí se recensiona cuenta con otros elementos valiosos en los que no es posible detenerse. Por poner un par de ejemplos, la revisión que se hace de muy abundantes sentencias judiciales seleccionadas (pp. 163-263, 215-200 y 260-263 con conclusiones) constituye un buen modelo de investigación empírica documental que puede servir de referencia a estudios futuros; o la advertencia de fuentes concretas de control y discriminación con una base de género cuya existencia se podía sospechar, pero que ahora se revelan con nitidez (verbigracia, pp. 263-272, 272 sobre todo), y, sobre todo, cuya sutileza se señala (p. 275); existen, en fin, muchos apreciables argumentos relevantes para el ámbito más estrictamente jurídico-penal (pp. 215-220).

Los argumentos que presenta la profesora Maqueda Abreu en favor de una Criminología feminista son atendibles y cualquiera que esté interesado en el estudio de las causas delito y de nuestras sociedades en general debería familiarizarse con este enfoque leyendo con detenimiento la presente monografía. Sin duda, nos encontramos ante una imagen de pasividad que es menester primero observar y a continuación afrontar –lo cual es, sin duda, un reto.

Una de las aportaciones más importantes y originales de *Razones y sinrazones* es la sugerencia de zonas de solapamiento entre posturas ha-

bitualmente consideradas paradigmáticamente diferentes. Verbigracia, acerca del rol cómplice de la Criminología, el positivismo estaría tentado de reclamar pruebas empíricas siguiendo hipótesis testables y plausibles; mientras que la tradición crítica estaría tentada de advertir un elemento en sí mismo controlador y machista de esta última reclamación. Es muy difícil separar estas posturas de sus puntos de partida epistemológicos, como muestra la insistencia de la Criminología feminista en los mismos (vid., respecto a la objetividad de los hechos, Haslanger, «Ontology and Social Construction», *Philosophical Topics*, 23, 1995, pp. 95-125). Es cierto que el feminismo –los *feminismos*– es un movimiento tan amplio que abarca ambos territorios hostiles, pero las regiones que ocupan, aunque compartan su compromiso con la igualdad de género, se encuentran separadas por abismos. Pero la idea positivista de que la observación y los hechos –los cuales son independientes de nosotros mismos– desempeñan un rol decisivo en el ámbito científico no ha calado en nuestras ciencias sociales, mucho menos en las criminales españolas. No en vano, seguimos una sólida tradición antiempírica. No es, pues, que existan dificultades para acceder a datos empíricos oficiales *sobre el delito* y que, así, ahora se informe a los investigadores que lo soliciten de *detenciones e imputaciones* (p. 149) –algo que no sólo no se sabe qué es sino que introduce una alteración que dificulta enormemente cualquier tipo de comparación a lo largo del tiempo–, sino que esta despreocupación por los datos empíricos es una constante en nuestro país. Quien esté familiarizado con la metodología de medición de la mayor parte de los indicadores oficiales, de las encuestas del CIS y de las empresas de sondeos, etc. entenderá a qué me refiero. Pero, como suele ser el caso, no hace falta irse muy lejos para observar lo que criticamos en otros: basta con mirar a las agencias encargadas de la evaluación universitaria. Algunos investigadores, en efecto, rechazan el sistema de caja negra de producción de datos estadísticos, pero reciben con alborozo las evaluaciones de un mismo sistema de caja negra. Una vez más hay que *estar en misa y repicando*.

Sea como fuere, la idea de paradigma sostiene que es todavía más difícil encontrar zonas comunes de modelos de problemas y soluciones entre ellos (Kuhn, ob. cit., p. x) que ámbitos de mutua comprensión y respeto e incluso de solidaridad.

RECENSIÓN A LA OBRA
EL ORIGEN DE LOS DELITOS. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO Y EX-
PLICACIÓN DE LA CRIMINALIDAD,
DE SANTIAGO REDONDO ILLESCAS.
VALENCIA, TIRANT HUMANIDADES, 2015, 382 PÁGINAS

LORENZO MORILLAS CUEVA
Universidad de Granada

Santiago Redondo Illesca en su permanente línea de calidad científica, de rigor en sus planteamiento y de compromiso activo con la más moderna Criminología nos ofrece un relevante estudio sobre uno de los temas de mayor interés no solo para la Ciencia Criminológica sino también para la Ciencia del Derecho penal y disciplinas afines al análisis empírico de la realidad delictiva. Y lo hace sobre la cuestión nuclear del problema, de su fundamento, de su referencia inmediata precisamente acerca del origen de los delitos y la explicación de la criminalidad. Dualidad conceptual de no fácil concreción, dispersa a través de la tradición científica, controvertida en sus diversos planteamientos y necesitada de estudios rigurosos y de enfoques multidisciplinares.

Y ahí es donde el libro que valoro adquiere su verdadera e importante dimensión. Para mí, penalista, de tradición dogmática, aprendiz de criminólogo, espero eso sí que aventajado, es un auténtico placer intelectual escribir esta reseña bibliográfica a un excelente libro de un contrastado maestro.

Tradicionalmente el delito como objeto de las Ciencias relacionadas con la delincuencia ha sido examinado desde una doble perspectiva separadora y estancada en moldes de reflexión formalista con precisiones normativas, valores, deber ser, o con referencias denominadas reales, como si las anteriores no lo fueran, psíquicas, físicas. Ni que decir tiene que en pleno siglo XXI esta es una visión incompleta, anquilosada en concepciones neutras y especialmente analíticas. Por ello el acercamiento

interdisciplinar, la comunión e intercambio de diferenciadas hipótesis de especializados planteamientos enriquecen la ciencia, la investigación y la exigente necesidad de que la actividad intelectual sea aplicable a las realidades sociales, única manera de mejorar los sistemas y de conseguir una sociedad más solidaria, más igualitaria y más sensible a las raíces y causas de la delincuencia para de este modo poder afrontarla y prevenirla con parámetros de sensibilidad social hacia un fenómeno continuado en el tiempo, escasamente explicado, manipuladamente descrito, a veces, por los cauces de información oficialistas.

Ante esta necesidad de estudios rigurosos sobre el delito y la criminalidad, Santiago Redondo nos ofrece una trascendente reflexión acerca de tan relevantes cuestiones y lo realiza para llegar a su propuesta final en lo que denomina Modelo del triple riesgo delictivo (Modelo TRD), como teoría criminológica integradora, que presenta tres condicionantes o exigencias previas de imprescindible cumplimiento para una adecuada socialización e integración social efectiva de los ciudadanos que evite comportamientos antisociales y delictivos –sobre todo estos últimos porque aquellos no dejan de ser, al menos para mí, complejos en su concreción y, en muchos casos, dependen del modelo social que se desarrolle y acepte–: a) la primera relacionada con el propio sujeto y sus capacidades intelectivas y psíquicas, aptitud mental e inteligencia suficientes, capacidad de aprendizaje, equilibrio psicológico, etc.; b) la segunda, de estructura social, se centra en la posibilidad de contar a lo largo de la vida con apoyo de este tipo, es decir, familiar, escolar, laboral, afectivo, entre otros; c) la tercera, acerca de los factores externos de protección frente a las oportunidades infractoras frecuentes e intensas que se le puedan presentar a lo largo de su vida.

Acerca de lo dicho, mejor sobre las dinámicas e interacciones entre los diversos riesgos que el incumplimiento de las anteriores premisas pueden producir, moldea constructos teóricos, principios y predicciones que lo llevan a configurar el citado Modelo TRD. Lo presenta en relación a tres grandes estructuras interrelacionadas y comunicantes entre sí: a) fuentes de riesgo para el delito y la prevención, que integra las tres categorías antes enunciadas –riesgos personales, carencias en apoyo pro-social, oportunidades delictivas, con las que inciden la estructura social y las influencias delictivas y los principios inter-riesgos, acumulación y convergencia, que da lugar a la siguiente estructura–; b) principios inter-riesgos y mecanismos etiológicos, apartado esencial donde acoge los principios nucleares del Modelo TRD que sustenta científicamente en la correlación y co-variación relativas existentes entre dos focos esenciales e

imprescindibles en este análisis, personas y ambiente, “efecto mariposa” criminógeno, incrementos pequeños en las influencias de riesgo iniciales, sobre factores de inversión criminógena y de reversión prosocial, y en atención a los principios centrales en esta descripción, de convergencia de riesgos inter-fuentes, de potenciación recíproca de dichos riesgos inter-fuentes y de interdependencia entre motivación y oportunidades; c) efectos criminógenos o los efectos delictivos finales a los que podría llevar la interacción y potenciación recíproca entre los riesgos, como es el aumento de la probabilidad individual del delito y, en paralelo, aumento del riesgo social de delincuencia, con la incorporación del concepto de límite crítico de riesgo por encima del cual se hace más probable que el individuo inicie una carrera delictiva y persista en ella y por debajo puede significar el desistimiento o abandono del delito.

Todo ello lo cierra, no puede ser de otra forma, con una trascendente propuesta de prevención de los delitos, objetivo final de cualquier estudio de estas características, y que ubica en un destacado trípode de actuaciones preventivas: a) fortalecimiento del apoyo prosocial a los ciudadanos, dirigido a mejorar la ayuda, educación y control social en familias, escuelas, empleo, servicios sociales, salud, etc.; b) prevención ambiental, mediante cambios físicos y diseño urbano, vigilancia, autoprotección; c) intervenciones educativas y rehabilitadores con delincuentes juveniles y adultos, para promover su desarrollo cognoscitivo y emocional, la mejora de sus actitudes y valores, el incremento de sus habilidades sociales y hábitos.

Para llegar a semejantes conclusiones y propuestas el autor con buen criterio sistemático estructura el libro en seis capítulos, de los que los dos últimos responden a las coordenadas antes comentadas, en los que desarrolla sobre el análisis de la confluencia de riesgos su teoría criminológica unificada y las implicaciones para la explicación y prevención de la delincuencia en atención al Modelo TRD. En el segundo de estos dos finales capítulos nos introduce con un esmerado análisis en la estructura social e influencia delictiva o fuentes de riesgo a las que atiende seleccionando tres variables sociodemográficas de enorme interés para el operativo delictivo: sexo, varones y mujeres, edad, jóvenes y adultos, y clase social, pobres y ricos. No es momento ni lugar este para profundizar en temas de semejante relevancia para eso está precisamente el libro que refiero y al que reenvío al lector. No obstante he detenerme en una de sus hipótesis, la última de ellas, cuyo análisis lleva al autor a preguntarse si esta sectorización de pobres y ricos conduce a la necesidad de dos criminologías diferentes.

Me ha venido a la mente al analizar el objeto de discusión, y permítanme este ramalazo de penalista inmisericorde, el interesante ensayo de Schünemann “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, donde sobre una estructura sistemática diferente y con objetivos desiguales, a los contenidos en este libro, dirigidos, los de aquél, exclusivamente al Derecho penal, el autor alemán se plantea la posibilidad de un cambio de paradigma no ya de un desdoble de derechos sino de un cambio de sentido y función del Derecho penal moderno que esté más comprometido con la atención protectora de bienes jurídicos colectivos o contra la macrocriminalidad de las clases dirigentes ya sean políticas, económicas, empresariales o funcionariales pues cierto es que se detectan nuevas y diferentes tendencias en la evolución del Derecho penal tradicional asentado fundamentalmente en el comportamiento típico de las clases sociales “bajas” con repertorio delictivo en esencia de bagatelas y pequeñeces que podrían estar, muchas de ellas, en otros sectores del Ordenamiento jurídico, hacia un Derecho penal de clases medias y altas entrecruzados entre sí, sobre la idea irrenunciable de un Derecho punitivo único cimentado en los principios de *ultima ratio*, de igualdad, legalidad, humanidad, necesidad, entre otros. En tal sentido, este cambio de paradigma, para algunos todavía utópico, nos ha de servir al menos para concretar nuevas condiciones con las que seleccionar bienes jurídicos de especial intensidad en la sociedad postmoderna. Aceptable posición si excluyo, para mi manera de pensar, la exigencia moral y la permuta por requerimiento social propio del Estado de Derecho.

A tal cuestión, avalada por la originalidad de sus planteamientos criminológicos, Santiago Redondo refuta, con coherencia y acierto, la premisa mayor de la posible necesidad de diferenciar en dos criminologías distintas al negar que esa delincuencia que realizan personas bien posicionadas en la estructura social, de cuello blanco, tenga raíces de una naturaleza diametralmente distinta a la de la delincuencia común o marginal pues, desde la defensa de las proposiciones esenciales de su estudio, una y otra modalidad delictivas pueden ser mejor comprendidas y explicadas si se atienden a las secuencias y dinámicas en las que se acumulan, y mediante las que se potencian recíprocamente, los riesgos personales de los individuos, sus carencias prosociales y su exposición a determinadas oportunidades criminales, sean de la clase social que sean.

Los cuatro primeros capítulos que confluyen en los dos analizados, están dedicados a los modelos sobre los que se ha de actuar. En primer lugar, el más generalista, relaciona convivencia y delito, con parágra-

fos de especial relevancia e intensidad, en cuanto a debate en las ciencias de la criminalidad, como la socialización o la civilización e inhibición de la conducta antisocial o el libre albedrío y su confluencia con el determinismo/indeterminismo.

Redondo parte, en este último sentido, de la hipótesis inicial de decisiones libres sobre posibles conductas delictivas, pero limitadas en cuanto a las opciones y a la influencia de múltiples factores de riesgo tanto personales como sociales. Es la relativización de la libertad de actuar y la negación del libre albedrío en sentido absolutista que tanto daño ha hecho, este, a las concepciones más tradicionales de la culpabilidad en la teoría jurídica de delito, en cuanto hipótesis no verificables que generan la dificultad de demostrar la existencia de la libertad humana desde el punto de vista de una teoría del conocimiento o desde una científico-natural.

Para mí sobre presupuestos más dogmáticos, pero aplicados a la realidad, que empíricos la cuestión se ha de alejar de cualquier debate metafísico o ético-moralizante sobre la libertad de voluntad e incluso, con menor intensidad, de sus aspectos antropológicos, caracterológicos o categoriales, lo que supone asumir la constatación empírica individual para ir, como fundamento de ésta, a una previa normativamente determinada en la que la persona ha de ser tratada como libre, dada su capacidad intacta de autoconducción y, con ello, una dirigibilidad normativa que significa a su vez una constatación empírica colectiva o social, basada en las exigencias constitucionales, en los países libres, al menos formalmente, de que los ciudadanos son, a su vez, libres, capaces de decidir responsable y autónomamente. Se transforma así, la libertad de acción, en todos sus sentidos, en una exigencia jurídico-constitucional, alejada de cualquier planteamiento ontológico.

Semejante percepción no es en nada incompatible con la narrada en este libro, sino todo lo contrario, si bien es verdad que se formulan desde diferenciados enfoques, no dejan de exhibir atrayentes coincidencias en un entrecruzamiento de niveles diferenciados que dan un especial juego, dentro de su autonomía respectiva, a lo que he venido en llamar entendimiento totalizador del fenómeno de la delincuencia en el que tanto la Ciencia del Derecho Penal como la Ciencia Criminológica se muestran cuán brazos fuerte y vigorosos que conjuntamente han de trabajar para ofrecer, desde sus diferenciadas perspectivas de objetos, métodos y funciones, a la sociedad explicaciones y conocimiento de la criminalidad y de la interacción entre los factores criminógenos para una adecuada y renovadora prevención de los delitos; todo ello como parte esencial de la estabilidad del sistema social y democrático.

Los capítulos dos, tres y cuatro atienden respectivamente y con gran profundidad a los individuos, parte fundamental del sistema, a las sociedades y a los ambientes, generadores estos dos últimos de los riesgos más relevantes para el efecto criminal; como deficiencias en el control, tensiones sociales y subculturas criminales, desigualdades, estigmatización y exclusión social, falta de apoyo social versus control social y de eficacia colectiva, carencias en apoyo prosocial, para el primero; situaciones y tentaciones delictivas, ecosistema delictivo, estimulación del ambiente en las conductas delictivas, oportunidades delictivas, para el segundo.

En definitiva, el proyecto acogido en este libro es inmejorable desde la perspectiva en que se pronuncia: detección, riesgos y prevención del delito y, en consecuencia de la delincuencia, con aplicaciones sociales de notable actualidad y coherencia apoyadas principalmente en un trípode de intervenciones: prevención ambiental, primaria y secundaria, cambios físicos y diseño urbano, vigilancia, autoprotección; apoyo prosocial, prevención primaria, ayuda, educación y control en familias, escuelas, empleo, servicios sociales; intervenciones educativas y rehabilitadoras, prevención secundaria y terciaria, mejora de creencias, actitudes, valores, emociones. Estas últimas opciones bien tratadas y desarrolladas por el autor confluyen, sin embargo, en otra cuestión de especial debate dentro de la criminología en sus variables vertientes multidisciplinarias y que no es otra que la ideología del tratamiento desde una perspectiva eminentemente social, como prevalentemente está aquí tratada, o como fin prioritario de la propia pena impuesta al sujeto que ha delinquido, ambas con el objetivo de la educación y la rehabilitación. Cuando se habla de creencias o valores inevitablemente se entra en un terreno ideológico resbaladizo a la hora de concretar su contenido ¿Hacia qué tipo de educación y rehabilitación se ha de caminar? ¿al de una sociedad de desigualdades, generadora de riesgos primarios que conducen casi inevitablemente a la criminalidad en determinados sectores sociales? o como se pregunta Roxin ¿qué legitima a la mayoría de la población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquella pero perturbadoras, por sus carencias, para esta? El contenido sistematizado de esta obra responde, desde su contenido de respuestas y explicaciones de la criminalidad, a tales materias con una dimensión práctica de auténtico interés empírico.

Si todo lo expuesto hasta este momento acerca del contenido de este libro no fuera suficiente, que lo es con abundancia, la obra presentada cuenta, además, con un atractivo Prólogo –“Forward to “el origen de los Delitos”– firmado por los prestigiosos criminólogos profesores David P.

Farrington y Alex R. Piquero y un epílogo –Regreso al futuro– por el no menos destacado profesor César San Juan que contribuyen con sus valorativos escritos a que el estudio de Santiago Redondo resplandezca con luz propia en el necesitado firmamento de investigaciones de calidad criminológica en el que “El origen de los delitos” ocupa indudablemente un lugar de privilegio, siendo, como escribe el propio autor, y no le falta razón, “una contribución científica generacional de la moderna criminología española”.

En consecuencia, el mejor y único consejo que he de dar al lector que ha tenido la paciencia de seguirme hasta aquí es el de que se ponga inmediatamente, si todavía no lo ha hecho, a la lectura, mejor al estudio profundo, de esta completa obra de Santiago Redondo en la que encontrará numerosas claves y propuestas criminológicas de especial relevancia y novedad sobre la base firme y solida de una profunda calidad científica.

RECENSIÓN A LA OBRA
BIEN JURÍDICO PENAL Y DERECHO PENAL MÍNIMO
DE LOS DERECHOS HUMANOS. ESTUDIOS, DE MERCEDES
ALONSO ÁLAMO, EDICIONES UNIVERSIDAD DE VALLADOLID,
VALLADOLID, 2014, 465 PÁGINAS

ALEJANDRO DE PABLO SERRANO
Universidad de Valladolid

“Para el paseante que dobla el cabo de la plenitud y descubre las sombras y la picadura envenenada de la memoria, sólo hay un recurso: la dignidad de los mortales”¹

Al final, siempre queda la dignidad.

Constituye un honor poder recensionar la obra *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los Derechos Humanos. Estudios*, de la Prof^a Mercedes ALONSO ÁLAMO, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, y a la sazón *maestra* y directora de la Tesis Doctoral de quien escribe estas líneas.

El trabajo que examinaremos a continuación ofrece una visión panorámica de una determinada concepción del *Derecho penal de corte humanista*, orientada a la *protección de bienes jurídicos*, que a partir de pilares irrenunciables del devenir histórico, como son la *dignidad*, la *igualdad* y el *reconocimiento del diferente*, sitúa en el frontispicio del edificio del Derecho penal un marco completo de actuación político-criminal, y que, junto a otras concepciones construidas sobre similares mimbres, debería ser tomado en consideración por el legislador con vistas a articular una respuesta coherente y unificada, avanzada y humanista, contra el hecho criminal. Una respuesta, en fin, distinta a la que se sigue en los últimos

¹ GARCÍA MONTERO, L.: *Poesía Urbana*, Renacimiento, Sevilla, 2010, p. 156.

tiempos, reforzando en todos la ilusión no necesariamente utópica, como dice la autora, de que “otro Derecho penal es posible” (p. 15). Ese proyecto teóricamente sólido de Derecho penal proyecta, además, sus consecuencias sobre cuestiones más concretas, propias del derecho positivo, lo que le confiere, sin ninguna duda, las virtudes de la complitud y la coherencia; de este modo, la perspectiva propuesta aborda también tipos penales tras los cuales podría rastrearse un ataque contra la dignidad (tratos degradantes, tortura, trata de seres humanos, tráfico ilegal de órganos, prostitución), o contra la igualdad (delitos de violencia de género), o contra bienes jurídicos colectivos (delitos contra el medio ambiente o contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia).

El corazón de este trabajo late con fuerza especialmente en la **primera parte**, donde se desarrolla ampliamente el marco teórico al que antes aludíamos. Desde lo concreto hasta lo general, se procede sucesiva y ordenadamente estableciendo las bases adecuadas sobre las que construir una concepción del bien jurídico, objetivo que afronta la autora convencida de la importancia de esta categoría fundamental e irrenunciable del Derecho Penal para limitar político-criminalmente la actuación del legislador (p. 15). En el primer trabajo, “*Bien jurídico material y bien jurídico procedimental ... y discursivo*”, ALONSO ÁLAMO examina las distintas concepciones del bien jurídico y toma posición: antes que las concepciones formales del bien jurídico que, dotadas de amplia elasticidad, carecen de la concreción necesaria para representar un dique fijo para el legislador, lo cual, en tiempos de zozobra y de incertidumbre como los actuales, suele convertirse en un puente de plata para legislaciones penales fuertemente represivas (p. 28), la profesora se inclina por las propuestas materiales que sí ofrecen límites positivos y negativos para orientar la actuación político-criminal del legislador, viéndose compelida a indicar a continuación que no cualquier marco referencial material de definición del bien jurídico será adecuado. En este sentido, la autora se separa de las concepciones personalistas que definen el bien jurídico a partir de la persona y de sus intereses, así como de las tesis constitucionalistas que vinculan, con diversos grados de intensidad, el bien jurídico y la Constitución (pp. 30 a 35). Desde su perspectiva, el encuadre más adecuado para fundamentar materialmente el bien jurídico es el *marco referencial de los derechos humanos positivados y conquistados en la historia*; y para la selección de nuevos bienes jurídicos dentro de ese marco, la autora propone, con gran acierto, *el principio discursivo (procedimental)* que permite localizar y debatir, siguiendo las *lógicas comunicativa y ar-*

gumentativa, intereses jurídicos merecedores de tutela penal en conexión con los nuevos derechos humanos (pp. 42 a 44).

Posteriormente, ALONSO ÁLAMO aborda con más detenimiento dos de los aspectos enunciados en el trabajo inicial. En “*Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*” (capítulo segundo), la autora desarrolla su rechazo a la concepciones constitucionalistas del bien jurídico, que restringen el horizonte de formación del bien jurídico al elenco de derechos constitucionalmente reconocidos y a los valores que de ellos emanan (p. 53). En esa rígida identificación de la Constitución con el horizonte axiológico del bien jurídico, la validez del bien jurídico termina dependiendo de su ajuste formal a las normas constitucionales, y no del propio contenido material, que pasaría a segundo plano en este marco de legalismo ético y de nuevo positivismo jurídico (p. 71). No le falta razón en este punto: también nosotros creemos que las tesis constitucionalistas ahogan la capacidad del bien jurídico de definirse con relativa independencia respecto de los mandatos constitucionales y de la voluntad creadora del legislador, pues en otro caso se concluye sacrificando indefectiblemente su autonomía. Por lo demás, es cuestionable también la propia base de las tesis constitucionalistas que aceptan casi acríticamente la perfección de cualquier Constitución para servir de referente para los bienes jurídicos, olvidando que la historia ha demostrado que puede producirse una injusticia extrema o un injusto legal que frene su “marcha ascendente”, coyuntura que estaría presente si se aprobara “un cambio constitucional que se apartara de los derechos conquistados en la historia”. Consecuentemente, ALONSO ÁLAMO se muestra partidaria de una nueva comprensión del constitucionalismo que amplíe el marco de referencia a la ideología de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, que representa un sustrato material abierto para la fundamentación, selección y creación de bienes jurídicos a partir de derechos de nueva generación. Además, ese marco neoconstitucionalista ofrece la posibilidad de arribar a nuevos bienes jurídicos a través de procedimientos discursivos que permiten defender la conveniencia de proteger determinados bienes jurídicos siempre que cuenten con una justificación externa o ético-política (p. 76).

“*Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídicos-penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*” (capítulo tercero) representa el trabajo en el que la profesora sienta de modo más completo las bases de su concepción del bien jurídico y, con ellas, de un determinado modelo de Derecho penal, un *Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, que retrase la entrada de las barreras de protección y que recupere el

carácter fragmentario del Derecho penal (p. 77), postulados tan inherentes al ordenamiento punitivo como eclipsados por las nuevas formas de legislación criminal. Esta concepción se nutre de los llamamientos de FERRAJOLI y BARATTA a favor de un Derecho penal que minimice la violencia que en la sociedad representan el delito y la imposición de penas sobre el delincuente (“violencia institucional”), y que se convierta en la “ley del más débil”². Sobre la base de ese Derecho penal mínimo, propone ALONSO ÁLAMO definir el concepto de bien jurídico en el marco de los derechos humanos, porque los derechos humanos son anteriores a las Constituciones e incluso a los Convenios Internacionales que los consagran (p. 96), confiriendo así al bien jurídico una legitimación externa al ordenamiento jurídico. Además, como tales derechos humanos, son universales, al modo de ALEXY, y pueden ser fundamentables discursivamente (p. 106). Por tales razones, constituyen un referente adecuado para *limitar* el poder punitivo del Estado y *delimitar* el concepto de bien jurídico.

La primera parte de la obra que recensionamos concluye con el trabajo “*Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal*” (capítulo cuarto). La autora enmarca aquí sus fructíferos esfuerzos de construcción de un marco teórico de fundamentación del bien jurídico en la sociedad multicultural y en la política contemporánea del reconocimiento. En este campo, parte, como no puede ser de otro modo, del célebre ensayo de TAYLOR “*El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*”, y aplaude la tesis fundamental de que el reconocimiento del individuo influye notablemente en su identidad y autenticidad, si bien toma una posición crítica respecto de la reconstrucción de la dignidad en atención a la pertenencia cultural, por cuanto esta definición de la citada noción en términos culturales conduce a la volatización del concepto de dignidad en sí misma (pp. 114 a 116). Por el contrario, ALONSO ÁLAMO se muestra partidaria de las tesis de otro ilustre pensador de la filosofía contemporánea del reconocimiento, HONNETH. Frente al anterior modelo que relativizaba la dignidad y la subordinaba a cuestiones culturales, la propuesta de HONNETH no vincula cultura y dignidad, sino que respeta el espacio propio de la dignidad; además, el modelo del filósofo de la Escuela Crítica de Frankfurt, en tanto aspira a una teoría de la sociedad

² Vid., así, BARATTA, A.: “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985), pp. 444 a 446. También FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 335 y 507 a 511.

que tiene en cuenta la lucha por el reconocimiento y los conflictos motivados por el no reconocimiento o el desprecio de determinadas pretensiones de autonomía, es compatible con la propuesta de la profesora de fundamentación discursiva de los bienes jurídicos penales en el marco referencial de los derechos humanos (p. 125). Más aún, conecta ALONSO ÁLAMO el reconocimiento con la inclusión del injustamente desigual, siguiendo a ALEXI, y todo ello en el contexto de una democracia deliberativa, de raíz *habermasiana* (p. 133), para llegar al estadio final de la definición de los bienes jurídico-penales individuales, así como los colectivos (ya que también interesa proteger los bienes jurídicos de titularidad colectiva o pertenecientes a determinados colectivos de personas frente a ataques intolerables –p. 137–), en la ideología de los derechos humanos y a partir del reconocimiento del otro, que participa como un igual en las relaciones sociales. La fundamentación de tales bienes jurídicos en una sociedad que reconoce al diferente y lo integra, se topará con el límite infranqueable de la dignidad del ser humano, de tal forma que aunque los bienes jurídicos individuales y colectivos puedan ser coloreados o impregnados culturalmente, nunca la identidad ni la pertenencia cultural podrán llegar a desdibujar la dignidad del individuo, la *dignidad en sí misma*, no definida culturalmente, sino como lo *específicamente humano* (p. 135); en definitiva, *la dignidad de los mortales ...* como decíamos al principio de esta recensión, tomando prestados los versos del poeta GARCÍA MONTERO.

En este punto, nos gustaría mostrar nuestro convencido apoyo al modelo defendido por ALONSO ÁLAMO en los textos analizados anteriormente³. Acierta la autora al separarse de las tesis constitucionalistas que sigue mayoritariamente la doctrina penal para fundamentar el bien jurídico penal. Ciertamente es que las Constituciones, y entre ellas la española de 1978 también, gozan de un amplio consenso social que las convierte por méritos propios en un referente adecuado para orientar la actuación de legislador penal en la selección de los intereses esenciales para el desarrollo y la autorrealización del individuo en la comunidad, esto es, para la tutela de los bienes jurídicos. Pero la Constitución no lo es todo, no es perfecta, no resuelve todos los problemas para los que fue confeccionada y, menos aún, puede encabezar la responsabilidad para la que ni fue concebida: ser el máximo referente del *iuspuniendi*.

³ Ya nos adherimos a la propuesta de ALONSO ÁLAMO del marco de los derechos humanos como entorno de referencia para la fundamentación del bien jurídico, en nuestro trabajo *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, pp. 768 y ss (en publicación).

Lo anterior nos enfrenta inmediatamente al reto de encontrar referentes más allá de la Constitución y del poder constituyente, porque a pesar de su potencial y sus virtudes, ni la Constitución ni el poder constituyente se legitiman por sí mismos y cierran el sistema. Y es aquí donde, superado el umbral de los derechos fundamentales constitucionales y los textos constitucionales, acierta nuevamente ALONSO ÁLAMO al elevar su vista a los derechos humanos. Los derechos humanos constituyen un referente en el que el legislador puede fijar su atención para seleccionar los bienes jurídico-penales, junto a otros criterios que orienten políticamente su actuación, como la importancia social del bien y la necesidad de su protección por el Derecho penal, el principio de proporcionalidad (apto para fundamentar la intervención penal y controlar su constitucionalidad)⁴, el principio de subsidiariedad, el principio de fragmentariedad y el principio de *ultima ratio*⁵. La mirada del legislador hacia arriba no puede toparse con la Constitución como techo, sino que en los derechos humanos se halla la esperanza del legislador penal. Frente a ese “techo de cristal”, los derechos humanos nos aportan la fuerza y el “coraje cívico para rebelarnos contra el positivismo de los Estados”⁶, encorsetado en la Constitución. Consecuentemente, el marco referencial que la autora y nosotros también reclamamos trasciende la Constitución y, en cualquier caso, es anterior a ella si tenemos presente que los derechos humanos son previos a la Constitución y existen aunque la norma fundamental no los reconozca de partida, o si, tras un cambio constitucional, dejara de hacerlo. Los derechos humanos, más allá de los derechos fundamentales, operan como “límites heterónomos a la voluntad de la súper mayoría que se reúne en torno a una convención constituyente” y constituyen un “límite infranqueable a la hora de aprobar o reformar una Constitución”⁷. Además, son universales en cuanto que su titularidad alcanza a todos los individuos y porque no son realizables nunca de una vez y perfectamente para todos, sino que se están realizando normativamente siempre.

⁴ Criterios apuntados por MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV (1991), p. 209.

⁵ *Vid.*, así, CORCOY BIDASOLO, M.: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/HORTAL IBARRA, J. C. (coord.): *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 160.

⁶ *Vid.* GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 46.

⁷ GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 49.

Y si *per se* este planteamiento es ya lo suficientemente abierto y dinámico como para captar un marco referencial vivo, el sistema de ALONSO ÁLAMO mira al futuro y a la lucha a que estamos llamados a seguir librando por la conquista de nuevos derechos, mediante el principio de la razón discursiva: las decisiones sobre futuros derechos humanos de los que extraer el fundamento de bienes jurídico-penales igualmente futuros, se adoptarán mediante un procedimiento argumental que garantice la racionalidad del discurso (esto es, la no contradicción, la claridad lingüística y conceptual, la ponderación...) y la imparcialidad del discurso (esto es, asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación); satisfechas estas condiciones o garantías, el discurso efectuado habrá sido racional y con ello, las normas en él aprobadas serán correctas⁸. El marco referencial de los derechos humanos ofrece, al fin, el contexto más adecuado para que tenga lugar esta confrontación dialógica-argumental de la que extraer nuevas metas para la sociedad que orienten las normas del legislador. Como correctamente explica HABERMAS, la ética del discurso representa el procedimiento adecuado para mantener una discusión orientada a una moral universalista que “va más allá de las formas de vida concretas y en la que las presuposiciones del actuar orientado por el entendimiento mutuo se universalizan, se abstraen y liberan de barreras”⁹.

Y para concluir déjennos apuntar otro argumento a favor de la apertura que propone ALONSO ÁLAMO a través del procedimiento discursivo: se pone fin al argumento circular¹⁰ según el cual la norma fundamental encuentra su fundamentación en la norma fundamental misma! Dado que las Constituciones no son obras perfectas, sino completamente perfectibles, y habida cuenta que dependen de las circunstancias en que se fraguaron y que responden a los intereses de los grupos dominantes, otorga mayor credibilidad y autoridad una fundamentación de los bienes jurídicos extrasistemática que salga del círculo autorreferencial de la Constitución-y-el-sistema. La propia Constitución “parece ahogarse en sí

⁸ La “razón discursiva” se la debemos, como ya se ha dicho, a ALEXI, R.: “Justicia como corrección” (traducción de HAQUÍN, A. I.), *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003), p. 165. De modo similar, el mismo en “Los principales elementos de mi Filosofía del derecho” (traducción de OLIVES-LALANA, A. D.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), p. 72

⁹ *Vid.*, así, HABERMAS, J.: *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000, pp. 20 y 21.

¹⁰ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (mayo-agosto 1996), pp. 30 a 34, especialmente p. 32.

misma” y, entonces, ahí aparece el artículo 10.2 de la norma básica, como salvoconducto para respirar. Su tenor literal, “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, es una ventana abierta por la que entra, precisamente, el Derecho internacional de los derechos humanos, aquel que constituye nuestro marco de referencia.

Tras estas reflexiones personales, debemos continuar con la **segunda parte** del libro. En la primera parte, como hemos mostrado, se desarrolla el que podríamos denominar el programa político-criminal de la doctora ALONSO ÁLAMO, con la idea central de la fundamentación del bien jurídico en el marco de los derechos humanos, y, una vez en éste contexto, la actuación del legislador penal debe estar guiada por las máximas, siempre repetidas pero también olvidadas, de la mínima intervención y del carácter fragmentario del Derecho penal. El ordenamiento punitivo debe reducirse a la máxima expresión, ha de ser un Derecho penal mínimo, que actúe llegado el caso, eso sí, con la severidad requerida cuando se trate de ataques intolerables contra bienes jurídicos fundamentales, porque ésa es genuinamente la función del Derecho penal de acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de proporcionalidad.

Desde este punto de vista, el modelo que propone la profesora de la Universidad de Valladolid puede condensarse en dos sintagmas nominales, *Derecho penal mínimo* y *Derecho penal de los derechos humanos*, que se engarzan en el título de la obra, *Derecho penal mínimo de los derechos humanos*. En las partes segunda y tercera de la obra, ALONSO ÁLAMO profundiza en las consecuencias de dicho proyecto político-criminal y su reflejo en el derecho positivo, reforzando sus análisis siempre con propuestas desde la perspectiva de *lege ferenda* que se mueven en el marco de los principios básicos del Derecho penal. Así, la autora analiza la tutela penal de la dignidad, de la igualdad, del medio ambiente y de la función pública y la función jurisdiccional, así como el preocupante deslizamiento hacia la protección de sentimientos, todo ello desde el prisma de la exclusiva protección de los bienes jurídicos y del mandato de proporcionalidad. También las máximas de la mínima intervención y del carácter fragmentario del Derecho penal sobrevuelan en sus estudios relativos a la inflación del Derecho penal provocada por la obsesión del legislador de (ab)usar el Derecho penal para calmar la alarma y el miedo sociales derivados de determinadas actividades científicas y tecnológicas novedo-

sas o de ciertos comportamientos. *La vuelta una y otra vez a las garantías penales conquistadas desde el siglo XVIII y que hicieron del Derecho penal un sistema de normas ilustrado, humanista, liberal, en definitiva, civilizado, evidencia cuánto ha llegado a perder el norte el legislador penal en los tiempos modernos.*

Levantados los pilares del modelo de fundamentación de los bienes jurídico-penales en el marco referencial de los derechos humanos, ALONSO ÁLAMO retoma una idea que había sido esbozada en el cuarto capítulo (la dignidad como límite a la actuación incriminadora del legislador penal), y la desarrolla extensamente, hasta sus últimas consecuencias. En *“Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”* (capítulo quinto), la profesora se bate con un reto frente al que en numerosas ocasiones la doctrina se ha puesto de perfil: la delimitación de la dignidad¹¹. Es un lugar común en la literatura jurídica (constitucional y penal, ante todo) que la definición de la dignidad y su protección positiva por las normas penales resultan imposibles *ab initio* debido a su contenido inabarcable e indeterminado, y a su carácter abierto (pp. 149 y 150). Sin embargo, la autora no se detiene aquí y sostiene que la dignidad tiene un significado jurídico y un espacio propios. La dignidad es algo singular, lo *específicamente humano* y distinto de los derechos fundamentales que le son inherentes.

Con origen en la reflexión kantiana de que el ser humano debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un instrumento, recuerda ALONSO ÁLAMO que se ha desarrollado en el derecho alemán la valiosa fórmula del objeto o de la no-instrumentalización (p. 151); en el derecho español esa aseveración, también válida en teoría, ha encontrado menor despliegue legislativo: en nuestro Ordenamiento la dignidad es concebida como un principio y no como un derecho fundamental ni, según doctrina mayoritaria, como un bien jurídico penal. Sin embargo, con ahínco digno de la mejor causa, ALONSO ÁLAMO no se conforma con ese estado de cosas y obtiene nuevos frutos de la fórmula de no-instrumentalización, que toman la forma de algunos rasgos fundamentales de la dignidad: esencialidad, indisponibilidad, carácter relativo (sólo se viola la dignidad de otro; lesiona la dignidad la conducta en relación a otro), graduación de los ataques a la

¹¹ Aunque no falten cuantiosas aproximaciones, algunas de las cuales son poéticamente bellas: “dignidad es palabra tan excesiva que sólo el silencio estaría a su altura”; palabras de JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación WoltersKluwer (España), Madrid, 2008, p. 181.

dignidad, naturaleza objetiva (la instrumentalización de la persona no depende de la percepción del sentimiento de degradación por la víctima, sino de que el comportamiento sea objetivamente atentatorio contra la dignidad; pp. 163 a 167). Cuando concurren esas características, estamos ante la dignidad misma y la conducta representará un ataque a la dignidad. La autora termina examinando las figuras del Código Penal español desde el prisma del bien jurídico penal de la dignidad y evidencia que detrás de diversos delitos subyace este interés jurídico, por más que por lo general no se afirme abiertamente; es el caso de los delitos de tratos degradantes, de tortura, de trata de seres humanos, los relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, de utilización de menores de edad o de incapaces para la práctica de la mendicidad, del tráfico ilegal de órganos humanos y los relativos a la manipulación genética (pp. 181 a 187).

En la medida en que los delitos relativos a la prostitución representan uno de los ejemplos paradigmáticos en los que la dignidad está presente de un modo más o menos intenso, ALONSO ÁLAMO dedica su sexto trabajo del libro a los citados tipos penales. Bajo la rúbrica "*¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual*", la autora emprende la búsqueda del bien jurídico lesionado en los delitos relativos a la prostitución a partir de una de las consideraciones formuladas en el artículo anterior, cual es la de que la dignidad puede razonablemente delimitarse a través de la fórmula de la no-instrumentalización y mediante la descripción de algunos de sus perfiles decisivos (indisponibilidad, carácter relativo y objetivo); pero ahora da un paso más al sostener que ese "algo singular" que es la dignidad, lo "específicamente humano", podría reconducirse al derecho a la integridad moral, constitucionalmente consagrado en el art. 15 de la norma básica, da tal forma que, podría decirse, los delitos contra la integridad moral que envilecen, degradan y humillan a la persona, atacan el núcleo esencial del individuo. Así, la integridad moral se convierte en la "última positivación de la dignidad, su última concreción en un valor jurídico" (p. 194).

A través de un estudio de los antecedentes históricos de la regulación de las conductas relativas a la prostitución, la autora asigna a cada etapa de la codificación penal española un determinado modelo de tratamiento jurídico de la prostitución (modelo de liberalización máxima, modelo prohibicionista, modelo reglamentista), y refleja la evolución de las opiniones doctrinales en cuanto al bien jurídico tutelado en estos tipos penales: honestidad, moral sexual colectiva, libertad sexual, para finalmente tomar partido por una concepción ciertamente minoritaria,

pero que ALONSO ÁLAMO mantiene con convicción: el tráfico ilegal o inmigración clandestina con el propósito de explotación sexual provocan la reducción de la persona a cosa y, por consiguiente, menoscaban el bien jurídico de la dignidad individual, o si se quiere la integridad moral (p. 211). No puede tratarse de libertad sexual en estos casos porque la prostitución suele ir asociada a condiciones de marginalidad, pobreza, explotación e inmigración forzada, contextos en los que ninguna decisión es libre sino que está mediatizada por las dificultades que atraviesa la persona prostituida; el ejercicio de la prostitución no es una manifestación extrema ni deformada de la libertad sexual, y por más que la propuesta de la dignidad como bien jurídico de los delitos relativos a la prostitución pueda recibir calificativos de regresiva o reaccionaria (p. 214), ALONSO ÁLAMO concluye que la prostitución, incluso la (“supuestamente”) “voluntaria” degrada a la persona y se dirige contra su dignidad, contra la dignidad “positivizada”, la dignidad conquistada en las Constituciones y en el Ordenamiento internacional, en fin, la dignidad “secularizada” y libre de toda penetración religiosa o moralista (p. 216).

En el capítulo “*Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género*” (capítulo séptimo), la profesora toma posición en uno de los temas más polémicos que se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia, tanto penal como constitucional, en los últimos años. La aprobación en 2004 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, trajo consigo la modificación de determinados tipos penales (lesiones, atentados a la integridad moral, amenazas, coacciones ...), en sentido agravatorio de la pena; tal cambio legislativo fue, creemos, audaz, pero como todo replanteamiento de principios, suscitó también serios reproches que son recogidos, en un ejercicio de rigor y honestidad intelectual, por ALONSO ÁLAMO: introducción de una discriminación positiva de la mujer, paternalismo y minusvaloración de la dignidad de la mujer, lesión de principios penales básicos (proporcionalidad de las penas, *non bis in ídem*, culpabilidad), excesiva extensión de los sujetos pasivos de la violencia de género y, por último, deslizamiento del ordenamiento punitivo hacia un derecho penal del enemigo, de autor y simbólico (pp. 228 a 241), entre otros problemas. Y decimos que la enumeración de dichas deficiencias representa un manifestación de honestidad por parte de la autora toda vez que junto a la indicación de las debilidades de la ley y, por extensión, del Derecho penal de género, algunas de las cuales ella misma ratifica, ALONSO ÁLAMO no deja de manifestar su convencido apoyo a la utilización de las normas penales en el ámbito de la violencia de géne-

ro, si bien a través de una técnica legislativa depurada que sea respetuosa con los límites político-criminales del Derecho penal (p. 241).

La tesis fundamental de la autora para disolver las principales críticas formuladas contra el “Derecho penal de género” (vulneración de las garantías de proporcionalidad y culpabilidad, así como el automatismo en la apreciación del contexto de violencia de género en todo caso), reside en la consideración de que el “Derecho penal de género” protege el bien jurídico igualdad, constitucionalmente consagrado en el art. 14 y fundamentado en el marco referencial de los derechos humanos (p. 245). Desde esta perspectiva, la Ley contra la Violencia de Género se aviene bien con las exigencias de proporcionalidad y culpabilidad, en la medida en que detrás de un ataque del hombre contra la mujer en el ámbito de una relación de pareja, y siempre que tal agresión sea manifestación de un modelo cultural legado por la historia de discriminación y desigualdad, así como de superioridad de los hombres sobre las mujeres (pp. 232 y 245), late no sólo un menoscabo del bien jurídico integridad física o integridad moral, o libertad sexual u honor, sino también una lesión adicional del bien jurídico igualdad; entonces, siendo mayor el desvalor de resultado de la conducta de violencia de género porque se agreden simultáneamente varios bienes jurídicos (el propio del tipo delictivo de que se trate, y la igualdad, inherente a la violencia de género –pp. 245 y 246–), es constitucionalmente aceptable que se incremente la severidad de la pena, y con ello el “Derecho penal de género”, corregidas las deficiencias advertidas, queda validado.

La tendencia hacia el Derecho penal de autor y el Derecho penal simbólico, invocada por los críticos del Derecho penal de género, como hemos visto, conecta el capítulo precedente con el siguiente, que lleva por título “*Sentimientos y Derecho penal*” (capítulo octavo). Cada vez con más fuerza se puede constatar una dirección político-criminal como faro de la actuación del legislador penal, por una parte, hacia la incriminación de conductas que lesionan sentimientos (individuales o colectivos) y, por otra, hacia el castigo de comportamientos cuyos perfiles descansan demasiado, incluso, exclusivamente, en la vertiente subjetiva del autor, puesto que se definen a partir del sentimiento que le motiva. ALONSO ÁLAMO se muestra contraria a la presencia dominante de los sentimientos en el Derecho penal como criterio decisivo para definir la conducta típica desde distintas perspectivas (sujeto activo, acción, bien jurídico lesionado), toda vez que, a partir de las investigaciones psicológicas (particularmente destacados son los estudios de CASTILLA DEL PINO), los sentimientos son elementos internos, incontrastables, variables de unas personas a otras y sujetos

a incertidumbre, rasgos que obstaculizan su consideración como bienes jurídicos (pp. 252 a 255). Tras un examen panorámico de los tipos penales en que están presentes los sentimientos, ALONSO ÁLAMO llega a conclusiones muy acertadas: por ejemplo, la cláusula del “temerario desprecio” de ciertos delitos resulta perturbadora porque hace gravitar la regulación sobre un sentimiento del autor que no es verificable ni se puede inferir deductivamente (p. 268), por lo que, con carácter general, la profesora rechaza el recurso a los sentimientos del autor en la conducta típica para agravar penas y, a lo sumo, los tolera cuando sirvan para atenuar o excluir la responsabilidad criminal (p. 269).

Más interesantes todavía son las observaciones de ALONSO ÁLAMO en relación con la protección penal de sentimientos. Siendo rechazable, como pretensión de principio, la protección inmediata de sentimientos por ser contrarios a las exigencias de certeza y taxatividad propias del principio de legalidad, la autora examina algunos tipos penales en los que el sentimiento se ha erigido en bien jurídico penal, una vez ha sido transformado o elevado a intelección objetiva del sentimiento o conocimiento objetivo del sentimiento (pp. 280 y 281). Así, la única forma de evitar subjetivaciones caóticas de, por ejemplo, los delitos contra el honor, es referir la autoestima al objeto cognitivo de la autoestima, como una idea-pensamiento estandarizada y predicable de cualquier persona (pp. 284 y 285)¹². En el caso de los delitos de justificación del genocidio y enaltecimiento del terrorismo, la profesora disiente de quienes creen que el bien jurídico protegido es la paz pública, porque tal argumentación esconde en el fondo como bien jurídico los sentimientos de seguridad o de confianza de los ciudadanos¹³, y tras ello, por último, respira ... el miedo. Por el contrario, entiende que el bien jurídico protegido es el “*interés supraindividual de grupos o colectivos que se hallan en una situación de*

¹² Nosotros acogimos esta tesis de objetivación de la autoestima, convirtiéndola en idea-pensamiento, en las conductas de injurias y calumnias, de tal modo que se pudieran abandonar las referencias fácticas (y subjetivas) que han dominado en las doctrinas fáctica y normativo-fáctica (o mixta) a la hora de definir el bien jurídico honor. Así, DE PABLO SERRANO, A.: *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, pp. 887 y ss (en publicación).

¹³ En DE PABLO SERRANO, A.: “El bien jurídico y otros problemas sobre el bien jurídico en la apología de Igenocidio (art. 607.2 del Código Penal). “Crónica de una muerte anunciada”, Anitua, G. I., Iglesias Skulj, A., Ramos Vázquez, J. A. y Zapico Barbeito, M. (coords.): *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2012, pp. 157 y ss, nosotros también mostramos nuestro rechazo a la consideración de supuestos sentimientos de seguridad colectiva, concretizados en el mantenimiento de un clima social armónico, como bien jurídico tutelado.

especial vulnerabilidad o de desigualdad real que tiene su causa en determinadas patologías sociales y en el no-reconocimiento", mas, concluye, ni siquiera tal interés jurídico tiene la entidad suficiente como para que el adelantamiento de las barreras penales que esta tipificación representa, esté justificado desde la perspectiva de la libertad de expresión (pp. 295 y 296). Es decir, el bien jurídico sí existe en los delitos que comentamos, pero no puede motivar la incriminación de la conducta porque, en tal caso, encomendaríamos al Derecho penal la tarea de proteger a la sociedad frente a determinadas patologías sociales de los tiempos modernos, como el no-reconocimiento de ciertos grupos o colectivos victimizados (pp. 297 y 300).

El libro que resencionamos concluye con una tercera parte compuesta por diversos trabajos en los que la autora aborda "el problema del máximo del Derecho penal mínimo" o el "Derecho penal mínimo máximo" (pp. 17 y 301). Se trataría del filo del modelo del Derecho penal mínimo que la autora dibujó en la primera parte del libro, o en otras palabras, la línea que puede marcar el exceso o la corrección de la actuación del legislador penal cuando se enfrenta a determinados bienes jurídicos colectivos (medio ambiente, función pública y función jurisdiccional), a determinadas conductas violentas de perfiles difusos, o cuando recurre a nuevas técnicas de incriminación (delitos de riesgo, delitos de acumulación).

Ya hemos explicado cómo ALONSO ÁLAMO fundamenta el bien jurídico en el marco referencial de los derechos humanos y cómo este modelo representa un sistema adecuado para limitar político-criminalmente la intervención punitiva y para orientar al legislador en la tarea de selección de nuevos bienes jurídicos merecedores de protección, que tengan su origen o sean reconducibles al catálogo de derechos humanos que históricamente se ha ido construyendo y consolidando en la conciencia jurídica internacional. En "*Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)*" (capítulo noveno), la autora pone a prueba su modelo, que funciona sin fisuras respecto de los bienes jurídicos (y derechos humanos) individuales, sometiéndolo ahora al tamiz de los derechos humanos colectivos, conforme al mismo proceder: si de los derechos humanos individuales es posible extraer el reflejo de bienes jurídicos individuales, algo idéntico cabría decir de los derechos humanos colectivos; sin embargo, en este punto, la autora constata la suspicacia que una parte de la doctrina muestra a la hora de hablar de derechos humanos colectivos en tanto que el adjetivo colectivo colisionaría con la insoslayable dimensión deontológica de los derechos humanos, que defiende, entre otros, PÉREZ LUÑO (p. 305).

Frente a tales dudas, sin embargo, ALONSO ÁLAMO cree que es posible hablar de derechos humanos colectivos en un doble sentido: por una parte, como derechos humanos individuales que se “colectivizan” adquiriendo perfiles propios y distintos del interés individual que se halla en su base (así, el honor de los grupos, o la salud en general); por otra, derechos humanos colectivos (originarios) que surgen *ex novo* y que albergan los intereses de los individuos que conforman el colectivo (el medio ambiente, entre otros –p. 309–). Constatada la existencia de derechos humanos colectivos en el catálogo de los derechos humanos, esto es, en el marco referencial de los derechos humanos, ALONSO ÁLAMO aplica el criterio de la “función o utilidad social”, que propone SOTO NAVARRO, y deduce de esos derechos humanos colectivos eventuales bienes jurídicos colectivos siempre y cuando sobre el interés originariamente individual pueda elevarse un interés colectivo con un espacio y perfiles propios y que cumpla una función o utilidad social, de tal forma que el bien jurídico se “colectiva” al convertirse en algo distinto de la suma de los intereses individuales (pp. 312 y 314). Así, ALONSO ÁLAMO cierra el modelo que delineó inicialmente, trazando ahora los contornos máximos del Derecho penal mínimo y demostrando que en este sistema tienen también cabida bienes jurídicos colectivos auténticos, no meramente aparentes (p. 316), dotados de una función social, y que pueden ser fundamentados discursivamente en el marco referencial de los derechos humanos (pp. 326 y 327).

Compartimos la perspectiva de ALONSO ÁLAMO en relación con los bienes jurídicos colectivos¹⁴. El entorno social, cultural, político y jurídico en el que el individuo se desarrolla se compone de numerosos intereses jurídicos individuales, pero también de otros tantos colectivos, y éstos están repartidos tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio, siendo esto hasta tal punto así que no se puede concebir en la actualidad un Estado sin bienes jurídicos colectivos¹⁵. No sólo los bienes jurídicos individuales, sino también los colectivos constituyen una condición necesaria para la convivencia social pacífica y armónica, y para

¹⁴ Vid., así, DE PABLO SERRANO, A.: *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, pp. 950 y ss (en publicación).

¹⁵ Así, HEFENDEHL, R.: “El bien jurídico como eje material de la norma penal” (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M^a. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 182; LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 44; el mismo en *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000pp. 34 y 119 a 121.

la satisfacción de las necesidades de igualdad y libertad material de todos los agentes sociales¹⁶. Todos cuantos intervienen en el entorno social (personas individuales, personas jurídicas, grupos y colectivos) deben tomar parte y ocupar su posición honestamente, asumiendo su responsabilidad en el complejo entramado de la solidaridad social, rechazando prevalencias apriorísticas de los derechos subjetivos, que conducirían a un individualismo egoísta y miope, pero repudiando igualmente la preferencia del derecho colectivo, opción que nos acercaría peligrosamente a un colectivismo totalizador. Estas reflexiones conectan, en definitiva, con la consideración de que la realidad de una persona sólo es posible desde la yuxtaposición o atención conjunta a sus planos individual y social, esto es, que además de una vida individual, hay una vida colectiva distinta de la individual aunque no absolutamente separada. Es la sociabilidad del ser humano. “El hombre solamente es hombre entre los hombres”¹⁷. Acertadamente señala LÓPEZ CALERA que “el individuo no se expresa sólo en primera persona, por el “yo”, [...]; el ser humano habla en la forma del plural “nosotros”, “vosotros” o “ellos”, porque existe no sólo como individuo sino como parte de un sujeto plural”¹⁸. Se trata de que el individuo disfrute en plenitud de la libertad y la igualdad que le corresponden en tanto que individuo y en tanto que miembro de los grupos de los que forme parte, como se deduce del art. 9.2 de la Constitución¹⁹.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 196 y 197.

¹⁷ Vid., FICHTE, J. G.: *Fundamento del derecho natural: según los principios de la doctrina de la ciencia* (estudio introductorio de VILLACAÑAS BERLANGA, J.; traducción de BERLANGA, J. L., RAMOS VARELA, M., ONCINA COVES, F. et al), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 36.

¹⁸ El componente social del ser humano es un tópico habitual de la doctrina. Vid., así, entre muchos otros, LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ...”, *op. cit.*, p. 41; el mismo en *¿Hay derechos ...*, *op. cit.*, pp. 158 y ss; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 135; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la immanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTES BECHARELLI, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 907; HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (traducción de SALAZAR ORTUÑO, E.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002), p. 6; SAUQUILLO, J.: “Totem y tabú de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 305 y 306; WELLMAN, C. H.: “Liberalism, Communitarism, and GroupRights”, *Law and Philosophy*, 18 (1999), p. 25.

¹⁹ Así también PECES-BARBA, G.: “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la*

Y aceptada la posibilidad de fundamentar bienes jurídicos colectivos, la existencia de un bien jurídico colectivo determinada se sujetará al criterio de la función social, de SOTO NAVARRO, y que suscribimos tanto ALONSO ÁLAMO como nosotros mismos. La justificación de la existencia de bienes jurídicos colectivos, derechos colectivos y derechos humanos colectivos, depende de la acreditación de una dimensión distinta a la que se atribuye a los derechos subjetivos, que haga emerger una función o utilidad del derecho o del interés jurídico diversa a la que se reconoce a ese bien o interés cuando es contemplado desde el prisma del derecho subjetivo e individual; una dimensión, en fin, que ponga en valor la necesidad de su existencia y de su tutela jurídica²⁰.

Volviendo a las reflexiones de ALONSO ÁLAMO, apenas se pasa la última página del capítulo 9, la autora se enfrenta al estudio de dos de los bienes jurídicos colectivos por antonomasia: el medio ambiente y la función pública y jurisdiccional. Nosotros vamos a invertir en esta recensión el orden original del libro y estudiaremos primeramente el trabajo titulado "*Protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional dentro del marco referencial de los derechos humanos*" (décimo capítulo). La tesis de partida para referirse a la función pública y a la función jurisdiccional como eventuales bienes jurídicos, vuelve a ser el marco referencial de los derechos humanos, en coherencia con sus propuestas anteriores. El buen funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de Justicia interesa a todos los ciudadanos toda vez que sirve a la satisfacción de sus propias necesidades; así visto, el correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de Justicia (concretada en la actuación de la Administración conforme a los principios constitucionales de legalidad, eficacia, jerarquía, prohibición de la arbitrariedad, descentralización, desconcentración y coordinación –p. 375–) tiene un carácter instrumental al servicio de la satisfacción de

Universidad Complutense (ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978) (1979), p. 43; CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), p. 76.

²⁰ Así, entre otros, SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 231; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 104. Cuando se aprecia esa dimensión colectiva y esos fines propios, estamos ante una buena razón, como dice DE LUCAS MARTÍN, J. F.: "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 159, para ampliar el abanico de herramientas jurídicas cuyo primer y más acabado producto son los derechos humanos individuales, a los derechos humanos colectivos.

las necesidades e intereses individuales, rasgo que comparte con los derechos humanos de cuarta generación (p. 377).

En el trabajo siguiente, *“Trama de la vida y protección penal del ambiente”* (capítulo undécimo), ALONSO ÁLAMO somete el régimen jurídico de los delitos medioambientales a un exigente análisis del que dicha regulación no sale bien parada. La autora concibe el medio ambiente y los ecosistemas como una “red de redes” que se desarrolla y se reescribe continuamente, desde el pasado y con proyección al futuro, y queda trenzada en una “trama de la vida”, construcción que eleva a la categoría de bien jurídico. Los intereses del ser humano “actual”, así como también el interés de las generaciones futuras a disfrutar la naturaleza, están insertos en la trama de la vida como algo connatural, están grabados como un añadido imprescindible, pero en ningún caso se erigen en bien jurídico, sino que el bien jurídico, de acuerdo con una concepción ecocéntrica, es el medio ambiente en sí mismo considerado y merecedor, por ello, de tutela directa por el Derecho penal, sin necesidad de que tenga que verificarse un ataque o peligro contra bienes jurídicos individuales, aunque bien podría apreciarse adicionalmente (pp. 334 y 335), ni contra la solidaridad intergeneracional en favor del aprovechamiento del medio ambiente (p. 337).

Definido el bien jurídico y enmarcado en el ordenamiento estatal como un derecho fundamental, en el ordenamiento internacional como un derecho humano de tercera o cuarta generación, y en el marco europeo como un interés instrumental para el disfrute de otros derechos y objeto de una atención creciente (pp. 338 a 347), ALONSO ÁLAMO ofrece una visión panorámica de la regulación del Código Penal español desde una doble perspectiva. Por un lado, atendiendo a las técnicas de incriminación de las conductas prohibidas, la autora reprocha severamente el recurso a la figuras de los delitos de acumulación y los delitos de peligro abstracto puro, que amplían excesivamente el ámbito de lo punible al incluir en la órbita del tipo conductas que aisladamente son insignificantes y (casi) inocuas para el bien jurídico; en su lugar, recomienda el recurso a los delitos de peligro hipotético en los que sólo se castigan comportamientos que tienen un contenido propio de desvalor toda vez que son idóneos para poner en peligro el bien jurídico (p. 352); así mismo, reprocha la profesora la excesiva penetración de la normativa administrativa (“accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo”) para la definición de las conductas típicas y su definición desde parámetros de precaución que adelantan las barreras de punición, dejando a un lado la exigencia de la mínima intervención y la autonomía del Derecho

penal para definir, por sí mismo, el contenido típico (pp. 353 a 355). Y, por otro lado, desde el punto de vista de la sistemática, ALONSO ÁLAMO denuncia, creemos que con razón, la excesiva formalización en muchos casos del bien jurídico, que llega a reducirse al mero incumplimiento de la normativa aplicable (tras lo cual subyace, una vez más, la admistrativización del Derecho penal del medio ambiente, ya apuntada) y que oscurece el auténtico interés verdaderamente digno de tutela, que es el medio ambiente entendido como la trama de la vida (pp. 356, 358 y 363).

Algunos de los problemas que acabamos de plantear sobre la admistrativización del Derecho penal y el vaciamiento del contenido del bien jurídico, son abordados con más detenimiento en el trabajo que lleva por título "*¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal*" (capítulo duodécimo). ALONSO ÁLAMO parte en sus reflexiones de la constatación de una realidad legislativa: la creciente penetración del principio de precaución en el Derecho penal, hecho que en sí mismo no sería reprochable si dicho principio operara, dogmáticamente, como instrumento interpretativo para excluir la tipicidad de ciertos comportamientos en supuestos de incertidumbre científica sobre los peligros de una actividad (p. 388). Mas el principio de precaución se ha infiltrado poderosamente en el ordenamiento punitivo, informando las técnicas de incriminación.

Por una parte, el principio de precaución late en los delitos de riesgo que castigan actividades que pueden provocar daños futuros inciertos, aunque no haya certeza científica de que se vaya a generar peligro para el bien jurídico; en tales casos, no sólo se critica el adelantamiento de las barreras penales en forma de abandono del criterio tradicional de la probabilidad estadística de los cursos causales no verificables en favor de la probabilidad de que acaezca un peligro incierto (ipeligro incierto probable!; pp. 389 y 396), sino que la definición del peligro se entrega a normas administrativas (accesoriedad administrativa) que serán las que en última instancia prohibirán o autorizarán la actividad y, consiguientemente, llenarán de contenido el tipo penal, derivándose dos efectos perniciosos: se formaliza el bien jurídico al identificarlo con el mero incumplimiento de formalidades legales extrapenales y, todavía peor, se deja el Derecho penal en manos del Derecho administrativo (p. 395). El principio de precaución también viene impulsando los delitos de acumulación, en los que se castigan acciones que aisladamente tienen escaso o nulo contenido de desvalor, pero que al verificarse reiteradamente pueden devenir peligrosas, circunstancia que no borra la vulnerabilidad de estas figuras, materializada en su débil antijuridicidad material (p. 386), esto es, su escasa

ofensividad para el bien jurídico, si es que acaso puede detectarse un bien jurídico amenazado, porque, como apunta la autora, en algunos casos lo que se quiere evitar es el miedo que produce el desconocimiento de los resultados de ciertas actividades científicas o tecnológicas todavía poco exploradas (p. 384).

ALONSO ÁLAMO traza, así, una amenazante cadena de consecuencias: a) se concede al principio de precaución un rol dogmático crecientemente poderoso, hasta el punto de elevar los riesgos no permitidos e inciertos a parámetro delimitador del tipo penal; b) los riesgos no permitidos son determinados por normativas administrativas, con lo que el Derecho administrativo se infiltra en los tipos penales, de modo tal que las figuras delictivas pierden su contenido autónomo y mutan en delitos de desobediencia de las normas administrativas; c) entonces, se constata que el principio de precaución excede la función restrictiva de los tipos penales y pasa a cumplir una función extensiva de la incriminación (p. 390); d) con el riesgo no permitido y el principio de precaución como criterios para prohibir actividades de las que se sospecha que pueden generar daños inciertos y desconocidos, se refuerza peligrosamente el plato de la balanza del *principio in dubio pro securitate* en detrimento del plato del principio *in dubio pro libertate* (pp. 396 y 401).

Los recelos que ALONSO ÁLAMO viene mostrando en los capítulos precedentes hacia el reflejo intermitente del riesgo incierto y el miedo en algunos tipos penales y en la tendencia del legislador penal, son enfrentados directamente por la autora en su trabajo intitulado "*¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal*" (capítulo decimotercero). La tesis de partida que la profesora somete a examen es que existe "algo" que mueve últimamente al legislador penal, por una parte, a recurrir crecientemente a la técnica de los delitos de riesgo, en el campo de la investigación biotecnológica, para incriminar actividades de las que se derivan peligros inciertos probables (pp. 408 a 412), y a la técnica de los delitos de acumulación, en la rama del derecho penal medioambiental, que castigan acciones insignificantes que no poseen una gravedad suficiente para fundamentar el injusto del hecho (pp. 415 y 416); y, por otra, a tutelar bienes jurídicos aparentes como el sentimiento colectivo de seguridad o el sentimiento de miedo frente a alteraciones del clima social, en el delito de justificación del genocidio (pp. 416 a 419). Bajo los fenómenos antes descritos subyace una preocupación de la sociedad y del legislador: el miedo, concretamente, el miedo a novedosas actividades científicas y tecnológicas cuyos efectos finales aún desconocemos, y la amenaza incierta contra la convivencia pacífica basada en el orden

constitucional y la paz pública. Pero el miedo, pese a su importancia, no debe ser combatido por los medios del Derecho penal, concluye ALONSO ÁLAMO; a partir de recientes investigaciones sociológicas y psicológicas, la autora defiende que la adecuada atención y tratamiento de los miedos públicos, así como la evitación de miedos irracionales, se localizan en el ámbito de las políticas públicas decididas democrática y discursivamente por la gente (es lo que el profesor ROMEO CASABONA llama la “gestión democrática del riesgo”). Los sentimientos de seguridad y de miedo colectivo no pueden condicionar la política-criminal si de verdad queremos mantenernos fieles a la máxima de un Derecho penal orientado a la protección de genuinos bienes jurídicos (pp. 420 y 421).

Otra de las vías actuales de expansión, quizá injustificada, del Derecho penal, es la que tiene su origen en la voluntad del legislador de afrontar los picos de alarma social en relación con ciertos sectores mediante el recurso (casi) indiscriminado al Derecho penal con efectos simbólicos y (casi) como placebo. Los tipos penales que ALONSO ÁLAMO examina en el trabajo que lleva por rúbrica “*Violencia y Derecho penal*” (capítulo decimocuarto) representan ejemplos de nuevas tipificaciones acordadas por el legislador, en las que, de un modo u otro, están presentes manifestaciones de la violencia; pero la justificación de la inflación de normas penales sobre la base del comportamiento violento puede forzar en exceso categorías dogmático-penales, asociadas a garantías penales también básicas, tales como el concepto de desvalor de acción, en virtud del cual sólo se castigan penalmente las conductas que constituyen los ataques más violentos e indeseables contra bienes jurídicos (de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho penal), y el concepto de desvalor de resultado, en el bien entendido de que sólo debe recurrirse a las normas penales frente a comportamientos que lesionen auténticos bienes jurídicos fundamentales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; p. 429). Sin embargo, ALONSO ÁLAMO observa que, en ciertos casos, el legislador ha terminado incriminando modalidades de ataques que no reúnen un grado de ofensividad o violencia suficiente para llenar el desvalor de acción, del mismo modo que ha tipificado conductas que lesionan bienes jurídicos que ya son tutelados por otros tipos penales.

En este sentido, la autora constata que en el ámbito del terrorismo hay descripciones típicas que adolecen de concreción (art. 576) o recurren a fórmulas abiertas (art. 576.2; p. 433). En el sector de la violencia de género y del acoso sexual, en el deseo de ofrecer soluciones penales a estos dramáticos fenómenos, el legislador ha intervenido sin reparar en los desajustes de graduación de la pena provocados, y que se observan al

comparar la severidad de determinados tipos penales (así, los delitos de acoso sexual con prevalimiento respecto del de amenaza condicional; p. 435). Igualmente, ALONSO ÁLAMO profundiza en las nuevas conductas nacidas al calor del acoso en diversos órdenes, y apunta que en algunos casos se castigan conductas que aisladamente pueden carecer de antijuridicidad material suficiente (acoso laboral –*mobing*–; p. 437), en otros, cabría plantearse si existen ramas distintas del ordenamiento jurídico más apropiadas para luchar contra esos comportamientos (*blockbusting* –acoso inmobiliario–; p. 438); en la regulación del hostigamiento continuado –*stalking*–, debería cuestionarse si acaso los bienes jurídicos tutelados no se hayan protegidos por otros tipos penales que conviven en la legislación (p. 439); en el acoso cibernético –*grooming*–, la elasticidad y espiritualización del concepto de violencia alcanzan posiblemente su máxima expresión, toda vez que se combinan en los tipos penales la falsedad, el engaño, la posesión y el tráfico de pornografía infantil (p. 440). Conductas escasamente violentas desde la perspectiva del sentido tradicional del término, se castigan en la legislación más reciente dictada en el ámbito del deporte; así, la trampa, el engaño o el desprecio al juego limpio (p. 445). Ante este panorama, la autora concluye con una reclamación que sintetiza nítidamente su punto de vista sobre esta cuestión y que, por ello, reproducimos: “*el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho penal deben constituir un freno a la tendencia a acudir al Derecho penal con una finalidad simbólica endureciendo las penas e incriminando innecesariamente nuevas conductas en vez de atender a las causas estructurales, sistémicas, de la violencia*” (p. 447).

Llegamos al final. Es difícil imaginar un último trabajo que ponga mejor broche final al libro que recensionamos, que el que la autora ha elegido. “*La pena de muerte como pena cruel y Derecho penal del exceso*” (capítulo decimoquinto) es un canto a la dignidad del ser humano, un llamamiento a las sociedades civilizadas para que pongan el valor del ser humano y la vida humana en lo más alto del catálogo de los derechos humanos. Representa el punto y final más adecuado para todo un proyecto de Derecho penal orientado a la protección de los derechos humanos, que tenga por referente la dignidad de la persona²¹ y sus derechos inviolables, y que busque reducir las intervenciones punitivas a los casos más socialmente indeseables, frente a los que la protección penal se erija en garantía del más débil. Ese es el proyecto político-criminal de ALONSO ÁLAMO, y brilla magistralmente en su oposición científica y personal a la

²¹ Otra vez la dignidad ... siempre la dignidad; la dignidad de los mortales.

pena capital. Más allá de que la pena de muerte sea irreversible y el error judicial irremediable²², el corazón de la contribución de la autora al debate sobre la abolición de la pena de muerte es que dicho castigo resulta intrínsecamente cruel; es crueldad institucionalizada (p. 451)²³.

Afortunadamente, los implacables e inhumanos métodos de ejecución de la pena de muerte de épocas pasadas han dejado paso a procedimientos más limpios y rápidos²⁴... pero ello no ensombrece el hecho de que la pena de muerte sigue siendo intrínsecamente cruel y lo es porque, como toda acción cruel, supone la causación de un dolor físico o sufrimiento psíquico, social o espiritual a un ser vivo capaz de experimentar dolor, en contra de su voluntad o resistencia (p. 453). Desde el punto de vista de quien sufre la pena de muerte, es cruel la espera de la condena en el juicio y del momento de ejecución del castigo (p. 455); desde el punto de vista de quien ejecuta la pena capital, en la medida en que el Estado tolera recurrir a este método punitivo, interioriza la crueldad, la filtra en sus instituciones, y por más que intente normalizarlo o sistematizarlo con co-

²² Nuestro imaginario colectivo reserva un lugar privilegiado para las escenas finales de la película "Sacco & Vanzetti", sobre dos sindicalistas italianos (Ferdinando Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti) que fueron injustamente condenados a la silla eléctrica por el asesinato de un hombre en Massachusetts, crimen que nunca cometieron. Bajo esa pena capital se escondía miserablemente la condena por el Tribunal de la ideología anarquista que los sentenciados profesaban. Los últimos minutos de la película muestran a los condenados caminando por el corredor de la muerte, con la determinación y la dignidad propias del que se sabe inocente y muere por mejor causa; se dirigen hacia la sala donde serán ejecutados mediante descarga eléctrica en presencia de testigos que permanecen impertérritos, en una actitud incompatible con la humanidad y que traspasa nuestra capacidad de resistencia frente al dolor y la crueldad; mientras tanto, se escucha la inmortal balada "Here's to you" interpretada con cadencia de heroicidad por Joan Baez: "aquí estáis Nicola y Bart/, permaneceréis para siempre en nuestros corazones/. Este momento último y final es sólo vuestro/. Esta agonía es vuestro triunfo" ("*Here's to you Nicola and Bart/, restforeverhere in ourheart/. The last and final moment is yours/. That agony is your triumph*").

²³ Es crueldad que el Estado hace propia, y que se comunica a quienes en nombre del Estado, la hacen efectiva. Aquí es oportuno recordar las palabras de Eduardo Galeano en *Días y noches de amor y de guerra*, a modo de humilde homenaje póstumo al insigne poeta: "*El torturador es un funcionario. El dictador es un funcionario. Burócratas armados, que pierden su empleo si no cumplen con eficiencia su tarea. Eso, y nada más que eso. No son monstruos extraordinarios. No vamos a regalarles esa grandeza*".

Precisamente, la crueldad y la inhumanidad de la pena de muerte se unen para formar el eje sobre el que pivota el trabajo de ARROYO ZAPATERO, L., SHABAS, W. y TAKAYAMA, K. (eds): *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, Ediciones de Castilla La Mancha, Castilla La Mancha, 2015.

²⁴ Adjetivos cuya utilización para justificar las ejecuciones repugna a nuestra conciencia.

bertura legal (p. 456), la pena de muerte sigue siendo crueldad. Además, con la pena capital el Estado retrocede en el camino emprendido hacia la conquista de los derechos humanos²⁵, deja de otorgar el mismo valor a todas las vidas humanas toda vez que relega la consideración de alguna a la de mera *nuda vida*, a no-ciudadano (Derecho penal del enemigo –p. 462–), a puro cuerpo vivo que puede ser manipulado para alcanzar determinados fines políticos (biopolítica –p. 464–). Como apunta ALONSO ÁLAMO, con la pena de muerte aplicada por el Estado, la supuesta moral estatal a favor de los derechos humanos se vuelve, sin más, simulada, una moral inexistente (p. 465). Entonces, el Estado apaga el faro de la razón humanista y fracasa. El Estado vende muy barata la lucha por los derechos humanos a cambio ... de nada, porque con la pena de muerte no alcanza ninguno de los fines de las penas, ni retributivos, ni preventivos. Constatado todo esto, quizá sea el momento de recuperar la cordura y la humanidad, y de recordar a los sabios ... SÉNECA decía en *De Ira* (II, 31, 8), “*Ni siquiera a las víboras y a los escorpiones y a cualesquiera otras sabandijas dañinas por su picadura o su mordisco deberíamos aplastarlas si para más adelante pudiésemos amansarlas y hacérselas inofensivas; tampoco, pues, dañaremos al hombre porque pecó, sino para que no peque, y la pena no deberá referirse nunca a lo pasado, sino a lo por venir*”²⁶.

²⁵ Merece reproducirse textualmente esta sentencia de ALONSO ÁLAMO: “*la pena de muerte, como la espada sin empuñadura, hiere a quien la utiliza: el poder pierde autoridad y la pena mal puede contribuir a reforzar la conciencia jurídica*”.

²⁶ Esta última cita representa el corolario de menciones a la pena de muerte que hemos querido recoger desde el pensamiento filosófico y, sobre todo, desde las artes, lo cual nos remite a un muy recomendable trabajo sobre el asunto que nos ocupa: DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RECENSIÓN A LA OBRA
LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA.
EL CAMINO HACIA UNA JURISDICCIÓN PENAL COMÚN,
DE M^a ÁNGELES PÉREZ MARÍN. ATELIER, 2013, 358 PÁGINAS

M^a BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de 13 de Diciembre de 2007, ha supuesto una importante modificación en el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia. La creación de dicho espacio se ha constatado como un objetivo prioritario de la Unión Europea, al resultar imprescindible lograr un espacio territorial seguro y un espacio judicial común fundamentados en dos elementos primordiales, por una parte, en una legislación que, a nivel supranacional, permitiera aspirar al más alto grado de integración posible entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento de la Unión junto a la tan necesitada homogeneización de los distintos ordenamientos de la países miembros de la Unión Europea. Así se establece en el artículo 67 del Tratado de Funcionamiento al reiterar que la Unión Europea constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el respecto de los derechos fundamentales y en la idiosincrasia propia de los sistemas y tradiciones jurídicas de los ordenamientos estatales. Añade, además dicho precepto, que la Unión se esforzará por garantizar un algo nivel de seguridad, mediante la prevención de la delincuencia y la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales, basada en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y policiales y, si fuera necesario, a través de la aproximación de las legislaciones penales.

No obstante, se debe destacar que el largo camino recorrido por la Unión para llegar a alcanzar este proyecto europeo de creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia lo que conlleva el desarrollo de una política penal de cooperación en el ámbito de la Unión ha sido ar-

duo, laborioso, con numerosos altibajos que no permitían avanzar, como era deseable, hacia una integración no sólo económica, sino también política y jurídica. Todos los pasos dados por la Unión Europea desde la firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, de 1950, germen de lo que posteriormente sería la Comunidad Económica Europea, hasta el actual Tratado de Lisboa, se encarga de exponerlos y analizarlos, de forma minuciosa y con gran claridad en su contenido, la profesora Dra. de Derecho Procesal, M^a Angeles Pérez Marín, en la obra *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, y a la que vamos a dedicar las siguientes páginas.

La propia elección del título ya nos previene de la problemática principal que subyace en la monografía citada, que no es otra que la construcción de una política penal y procesal europea. De este modo y en concreto, la propia autora expone, en la Parte I de la obra, el prolongado camino que dicho espacio judicial ha tenido que recorrer, lo cual es evidenciado no sólo por la propia evolución a la que se le ha sometido en las últimas décadas, sino también por las distintas etapas sufridas en cuanto a su regulación. Todo ello lo acomete la autora realizando un análisis exhaustivo de los antecedentes de la cooperación policial y judicial, individualizando aquellas cuestiones que han presentado una mayor resistencia por parte de los Estados miembros, impidiendo llegar a una auténtica política de cooperación policial y judicial. La autora, utilizando un método histórico-evolutivo, va explicando y desarrollando todas las etapas que componen la evolución del espacio judicial europeo, dejando constancia tanto de los logros conseguidos como de los retrocesos sufridos, poniendo especial hincapié en los motivos por los cuales no se consigue con los primeros textos comunitarios un avance significativo en el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Para la consecución de una política judicial común era necesario ampliar los objetivos, circunscritos desde la primera fase de la unidad europea iniciada con el Tratado de Roma a una integración económica, a otros ámbitos de integración políticos y jurídicos. Ello exigía optar por una integración en el ámbito judicial. Integración que, como la propia autora expone, no fue posible en los primeros textos aprobados en el seno de la Comunidad Europea. Así, la autora va desgranando, en esta primera parte de la obra, todos los avances llevados a cabo por la Unión en el terreno de la integración jurídica junto a los fracasos que hubo de asumir, ante la resistencia de los propios Estados a aceptar una nueva estructura u organización supranacional a la que se dotaba de facultades para

imponer políticas comunes a los propios Estados y, en especial, por la propia resistencia de los Estados a ceder competencias en materia del *ius puniendi* exclusiva de la soberanía nacional.

La profesora Pérez Marín va examinando, de forma pausada y ponderada el contenido y elementos caracterizadores de cada uno de los Acuerdos y Tratados elaborados por la Unión hacia la consecución de un espacio judicial europeo. La necesidad de seguir avanzando en la construcción de Europa, exigía ampliar los objetivos de cooperación entre los Estados miembros, asumiendo la Unión que lo primero que había que abordar y de forma prioritaria era la lucha contra la criminalidad. La aparición de nuevos fenómenos delictivos favorecidos por la consagración de la libertad de movimiento de personas, mercancías y capitales así como el inicio de un espacio abierto y sin fronteras exigía una respuesta firme de lucha por parte de la Unión.

Señala Pérez Marín que hubo que esperar hasta el Tratado de Amsterdam de 1997 para que se reforzasen las políticas de cooperación judicial y policial ya iniciadas con el Tratado de Maastricht dando un fuerte impulso institucional a los asuntos de justicia e interior, impulso que venía a coincidir con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Con el Tratado de Amsterdam la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia se sitúa como objetivo de la Unión, dotando a la Unión Europea de un proyecto común donde lo importante no era solo destacar la cooperación por parte de los Estados, sino la construcción de un espacio común penal en el que se defendieran los mismos valores y en el que los ciudadanos gozaran de la misma libertad, de la misma seguridad y de la misma justicia. El Tratado de Amsterdam vino a consagrar que será objeto de la Unión el proporcionar a los ciudadanos un elevado nivel de protección en un espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante la institución de acciones comunes entre los Estados miembros en la esfera de la cooperación judicial y policial en materia penal y de la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. A partir de este Tratado, destaca Pérez Marín todas las medidas adoptadas por la Unión en los diferentes instrumentos jurídicos que possibilitaban la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, analizando el paso trascendental que supuso para la construcción del espacio judicial europeo el principio de reconocimiento mutuo y la armonización de legislaciones penales así como la creación de las estructuras centrales necesarias para la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave –Olaf, Europol y Eurojust–.

En lo que respecta a la armonización de legislaciones penales, la autora destaca de forma precisa todos los inconvenientes planteados por los

Estados a cualquier intento de armonización del Derecho penal y procesal. El hecho de que los Estados no cediesen parte del *ius puniendi* por ser considerada como parte esencial de la propia identidad nacional, excluía *a priori* cualquier intento de armonización del derecho penal. La voluntad por parte de los Estados de crear un ordenamiento penal y/o procesal común, cuya finalidad era la protección de la sociedad frente a la inseguridad colectiva, chocaba con distintos inconvenientes como, por una parte, la inexistencia de una homogeneidad normativa entre los Estados, homogeneidad que asimismo era inexistente en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión al diferir los distintos ordenamientos jurídicos en la protección mínima de los derechos procesales de imputados y víctima. En este punto, y en aras de conseguir dicha armonización, considerada primordial para la consecución del espacio judicial europeo, expone la autora todos los intentos que llevó a cabo la Unión, por lo que procede a realizar un análisis de la labor que realizó el TJCE con la finalidad de intentar una armonización de los ordenamientos nacionales y el comunitario, analizando varias sentencias en las que se fijan los criterios de aplicación de ambos ordenamientos –comunitario y nacional–. A su vez, la autora describe de forma precisa y detallada dos iniciativas de la Comisión y del Parlamento referidas, respectivamente, a la consecución de la armonización del derecho penal económico y a la protección de los intereses financieros de la Unión junto a la propuesta de creación de un fiscal Europeo: el *Corpus iuris* y el Libro Verde.

La Parte II de la obra alude a la jurisdicción penal de la Unión Europea. La autora, partiendo del escenario que ofrece el propio Tratado de Lisboa, afirma la posibilidad de fijar políticas penales supranacionales para prevenir y combatir concretos delitos cuando, para su comisión, se vulneren determinados bienes jurídicos permitiendo a su vez establecer pautas de actuación conjunta de los Estados, lo cual, unido a la existencia de actores jurídicos como Eurojust y el Fiscal europeo, hace que nos encontremos ante el inicio de un futuro proceso penal europeo.

La autora se sumerge en el contenido del Tratado de Lisboa para llegar a esta conclusión. Así, partiendo del artículo 67 y 82 sitúa al principio de reconocimiento mutuo junto al de aproximación de las legislaciones penales como base fundamental de la cooperación penal en los ámbitos determinados en el artículo 83 de dicho Tratado. Para hacer efectiva la cooperación penal que se desenvuelve sobre el principio de reconocimiento mutuo, el Parlamento y el Consejo podrán establecer normas mínimas conforme al procedimiento legislativo ordinario. Partiendo de esta premisa, la autora va desgranando lo que viene a significar esas re-

glas mínimas en derecho procesal, aludiendo a los tres ámbitos en los que pueden actuar el legislador europeo que no son sino en materia de prueba, derechos de los imputados y derechos de las víctimas (artículo 82 Tratado de Lisboa), cuestionando la autora, desde una perspectiva crítica, la restricción del reconocimiento mutuo exclusivamente a estos tres ámbitos afirmando que dicho artículo contiene una cláusula residual de remisión a futuras situaciones.

A su vez, en lo relativo al derecho penal, la autora, desglosando el artículo 83 del Tratado, viene a delimitar los dos niveles de actuación penal que distingue el Tratado de Lisboa. Así, por una parte, el referido a la cooperación penal horizontal respecto a los delitos transfronterizos y cuyo ámbito es descrito por el artículo 83.2 y, por otro, el relativo a las actividades ilícitas que pudieran constituir un fraude a los intereses financieros de la Unión Europea, previsto a su vez en el artículo 325.1 del Tratado. A juicio de la propia autora, mantener la distinción entre ambos grupos de delitos como consecuencia de su distinta procedencia legislativa y su divergente regulación, ha originado una ambigüedad que ya fue originada en el Tratado de Amsterdam como consecuencia de acoger por una parte, el modelo de cooperación penal instaurado con el Tratado de Maastricht y, por otro, el de integración propio de las Comunidades. La autora llega a la conclusión lo que se trata de poner de manifiesto que no es sino la distinción entre los delitos transfronterizos y los denominados eurodelitos.

Siguiendo con el análisis del contenido del artículo 83, el establecimiento de normas mínimas tanto en derecho procesal como penal junto al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales son, en opinión de la propia autora, las dos columnas sobre las que asienta el nuevo sistema de cooperación penal. Por ello, procede a analizar el significado de esas normas mínimas conforme al contenido del artículo 83 del Tratado, distinguiendo la facultad otorgada al Consejo y Parlamento de adoptar normas mínimas relativas a la definición de infracciones y sanciones para los ámbitos delictivos transfronterizos especificados en el artículo 83.1 y el establecimiento de normas mínimas para la definición de infracciones y sanciones penales, con la finalidad de garantizar el éxito de una determinada política de la Unión respecto de ámbitos que ya habían sido objeto de medidas de armonización, acorde al contenido del artículo 83.2. En este último supuesto, reconoce Pérez Marín que la finalidad no es la de favorecer la cooperación judicial porque, a diferencia de lo establecido en el ámbito del artículo 83.1, las medidas de armonización hacen referencia a otro objetivo: garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión.

En un examen muy preciso viene a exponer la autora lo que viene a ser el derecho procesal europeo, uno de los bloques centrales de la obra. La investigación comienza con una exposición clara y detallada de los principios que deben regir todo proceso pasando a continuación a analizar y exponer las partes en el proceso, centrándose en dos pilares fundamentales del proceso: los derechos y garantías del acusado y el estatuto de las víctimas en la Unión Europea. En lo relativo al primer punto –derechos y garantías del acusado– destaca la autora el protagonismo que alcanzó la orden de detención europea en el ámbito de la cooperación penal, al permitir la entrega de imputados y condenados para ser procesados o para cumplir condena en el Estado que requiere la entrega. No obstante, la autora destaca los inconvenientes que surgieron con la aplicación de dicha orden en especial por la implantación del principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza entre los distintos Estados miembros. La ausencia de una armonización de legislaciones penales se convirtió en el principal escollo para un desarrollo eficaz de la orden de detención europea, interpretando la autora las distintas propuestas e instrumentos elaborados por la Unión para conseguir superar las divergencias existentes entre los distintos ordenamientos y conseguir el mismo grado de protección judicial a todos los detenidos.

Por lo que respecta al estatuto de la víctima, la profesora Pérez Marín pone de manifiesto la sensibilidad demostrada por la Unión respecto con las víctimas de delitos, no escatimando en esfuerzos para lograr un tratamiento global y homogéneo de protección y reconocimiento de derechos a las víctimas de delitos. Alude la autora a todos los instrumentos normativos que ha ido elaborando la Unión desde el año 1983 para conseguir este objetivo, realizando un análisis completo, formal y riguroso del contenido de cada uno de dichos instrumentos, aportando numerosa información de los pasos y avances dados por la Unión en materia de víctimas.

Por último, procede la autora a presentar los órganos intervinientes en el proceso penal, realizando un análisis sobre la Fiscalía Europea, Eurojust, Europol y Olaf. En esta última parte de obra, debemos de destacar el tratamiento que de la Fiscalía Europea realiza la autora. Partiendo de la cooperación penal y armonización penal como base de dicha cooperación la autora, desde los inicios de la Unión, va describiendo los inconvenientes con que se encontraba la Unión en relación con los distintos Estados en la lucha contra la delincuencia económica así como las medidas que debían adoptar los Estados para proteger los intereses financieros de la Unión. Insistiendo una vez más en la ausencia de un de-

recho penal armonizado y de competencias penales por parte de la Unión lo cual impedía una lucha eficaz en este ámbito, la autora va hilando de forma coherente y continuada en el tiempo todas las medidas adoptadas en los diferentes Tratados, Convenios y Acuerdos de la Unión hasta llegar al proyecto del Tratado Constitucional donde se incorporaba, por primera vez, la posibilidad de crear una Fiscalía Europea, encuadrada en la cooperación penal y como parte del sistema penal de la Unión Europea. Precisa la autora las funciones de la futura Fiscalía Europea acorde a lo establecido en el Tratado de Lisboa, así como las fases del proceso donde se deben de realizar, remitiéndose al reglamento de creación de la Fiscalía Europea la regulación del control jurisdiccional de los actos procesales realizados por este órgano.

Acorde a lo anterior, hemos de afirmar que nos encontramos ante una obra de indiscutible actualidad, en la que la autora ha conseguido mostrar con un gran dominio de documentación, el camino tortuoso que se ha tenido que recorrer para que podamos hablar de un derecho penal europeo y/o proceso penal europeo. No obstante, tal y como admite la propia autora, a día de hoy todavía existen determinados retos en la construcción de ese derecho penal europeo y/o proceso penal europeo que debe asumir el legislador europeo. La obra, es de incuestionable interés para los estudiosos y operadores jurídicos que tengan que enfrentarse a aspectos de la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea, con propuestas concretas de solución a las distintas cuestiones suscitadas y que la autora ha sabido analizar y resolver desde una perspectiva crítica.