

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 8

Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa

*María Ángeles Montes Álvaro / Xabier Etxebarria Zarrabeitia /
Silvina Bacigalupo Sagesse / Ángel Juanes Peces / Alejandro Luzón Cánovas /
Ramón Sáez Valcárcel / Concepción Sáez Rodríguez / Esther Pascual Rodríguez /
Félix Pantoja García / Nerea Laucirica Arriola / Guillermo Portero Lazcano /
Xabier Arana / Joaquín Giménez García / Juan Muñoz Sánchez*

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 8

Reforma penal:
Personas jurídicas y tráfico
de drogas; Justicia restaurativa

María Ángeles Montes Álvaro
Xabier Etxebarria Zarrabeitia
Silvina Bacigalupo Saggese
Ángel Juanes Peces
Alejandro Luzón Cánovas
Ramón Sáez Valcárcel
Concepción Sáez Rodríguez
Esther Pascual Rodríguez
Félix Pantoja García
Nerea Laucirica Arriola
Guillermo Portero Lazcano
Xabier Arana
Joaquín Giménez García
Juan Muñoz Sánchez

Bilbao
Universidad de Deusto
2011

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
María Soledad Gil Nobajas
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-318-6

Índice

| | |
|--|-----|
| Presentación <i>María Ángeles Montes Álvaro, Xabier Etxebarria Zarrabeitia</i> | 9 |
| Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos <i>Silvina Bacigalupo Saggese</i> | 15 |
| Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Ángel Juanes Peces.</i> | 39 |
| La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada <i>Alejandro Luzón Cánovas</i> | 45 |
| Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas <i>Ramón Sáez Valcárcel.</i> | 71 |
| Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011 <i>Concepción Sáez Rodríguez:</i> | 127 |
| Criterios político-criminales para una futura regulación de la justicia restaurativa en España <i>Esther Pascual Rodríguez</i> | 191 |
| Propuestas de modificaciones legales para acoger la mediación penal en la legalidad sustantiva y procesal <i>Félix Pantoja García</i> | 199 |

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 1-312

| | |
|---|-----|
| Propuesta de la regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora <i>Nerea Laucirica Arriola</i> | 209 |
| Realidad empírica del consumo, tráfico y tratamiento de drogas <i>Guillermo Portero Lazcano</i> | 217 |
| Otra reforma penal que también afecta a los delitos en materia de estupefacientes <i>Xabier Arana</i> | 241 |
| Acuerdos de la Sala II del Tribunal Supremo e interpretación del nuevo tipo atenuado de tráfico de drogas: art. 368-2.º C.P. L.O. 5/2010 <i>Joaquín Giménez García</i> | 275 |
| Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada <i>Juan Muñoz Sánchez</i> | 295 |

Presentación

María Ángeles Montes Álvaro

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Deusto y Abogado

Como codirectores de las Jornadas en Homenaje a José María Lidón Corbí, celebradas en Bilbao los días 31 de marzo y 1 de abril de 2011, bajo los auspicios del Consejo General del Poder Judicial y del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco, cuyas ponencias se recogen en esta octava edición de los Cuadernos penales José María Lidón, es para nosotros un honor y un placer presentar esta publicación de unos trabajos de altísima calidad e interés.

Por octava vez celebramos actos en memoria de José María Lidón, un deseo y un deber para con su persona, con sus valores, con su familia y con la justicia debida a todas las víctimas del terrorismo; en memoria gozosa de Josemari: la persona, el profesional, el compañero y el amigo que lo fue tanto en la Audiencia Provincial de Bizkaia como en la Universidad de Deusto; en memoria dolorosa e indignada por un asesinato cometido por la banda terrorista ETA hace ahora una década; un asesinato, como todos los demás, injusto, inútil y que repugna a cualquier conciencia moral.

En estas VIII Jornadas, a las que asistieron y aportaron miembros de la judicatura, fiscalía, secretariado judicial, abogacía, servicios de mediación y otros profesionales del ámbito de la justicia, quisimos abordar, por un lado, dos aspectos de la reciente y enésima reforma del código penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en concreto lo relativo a aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los delitos de tráfico de drogas y, por otro lado, enfocar nuestra atención hacia una realidad emergente en España, y en camino de consolidación en el País Vasco, como es la justicia restaurativa.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 9-13

En relación con el primer tema contamos con la ponencia de Silvina Bacigalupo y la participación en mesa redonda, moderada por Soledad Gil, de Ángel Juanes, Alejandro Luzón y Diego Santa Cruz. A todos ellos, y a los demás participantes, que se citan posteriormente, agradecemos su inmediata disponibilidad a participar en este homenaje a José María Lidón, su compromiso, su esfuerzo y su aportación personal e intelectual.

Cada uno de ellos abordó magníficamente y desde distintas perspectivas cuantas cuestiones afectan a esta importante y novedosa reforma y que sin duda ha introducido una de las evoluciones más significativas de la Parte general del Derecho penal de las últimas décadas, por cuanto incorpora a la persona jurídica como sujeto del Derecho penal y establece su responsabilidad penal directa, respondiendo seguramente también a la existencia de numerosos instrumentos internacionales y de la Unión Europea que venían demandando una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Cuestiones como los presupuestos generales de su imputación, desgranando las cuestiones relativas a la atribución de la autoría a la persona jurídica y el hecho de conexión; los delitos que les pueden ser imputables; las circunstancias atenuantes que pueden reconocerse; la exclusión de responsabilidad a determinadas personas jurídicas; la extinción de su responsabilidad penal o las penas previstas para ellas, fueron algunas de las importantes cuestiones tratadas por la Profesora Bacigalupo.

Se abordó así mismo por el Abogado del Estado Diego Santa Cruz el tratamiento de las personas jurídicas como sujeto de derecho penal en los Delitos contra la Hacienda Pública, reflexionando en profundidad sobre la problemática que tal cuestión presenta y, finalmente por el Fiscal Alejandro Luzón la responsabilidad de las personas jurídicas en la delincuencia organizada y fundamentalmente en la comisión de delitos económicos, delincuencia que, debido a la globalización y a la innovación tecnológica, se ha convertido en una «verdadera economía del crimen», como apuntaba el Fiscal, quien concluía diciendo que «ha llegado a convertirse en una verdadera economía del crimen, totalmente conectada con la denominada economía legal, en la medida en que aprovecha sus mismas estructuras para dificultar el descubrimiento del delito y ocultar los fondos ilícitamente obtenidos, que se canalizan después a través de los circuitos financieros».

Todo ello es indicativo de la importancia y la actualidad de la materia tratada y la necesidad de abordar las reformas legales necesarias, tal y como ponía de manifiesto el Magistrado Ángel Juanes.

Para abordar lo relativo al tráfico de drogas participaron en la mesa redonda, moderada por Itziar Casanueva, Joaquín Giménez, Guillermo

Portero y Xabier Arana. Estaba inicialmente prevista la intervención de Juan Muñoz, quien, por razones de fuerza mayor, no lo pudo hacer, a pesar de lo cual y gracias a su amabilidad se ha podido incluir su trabajo en estos Cuadernos Penales.

El tráfico de drogas ha sido objeto de una relevante reforma por la LO 5/2010, principalmente en el sentido de disminuir la penalidad respecto a las sustancias que causan grave daño a la salud, tanto en el marco penal del art. 368 CP como en su repercusión penológica sobre los tipos agravados, así como mediante la previsión de un tipo atenuado, en un grado, en atención a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. El Magistrado del Tribunal Supremo Joaquín Giménez abordó estas y otras cuestiones en su intervención, partiendo de los acuerdos y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. A la vista de la aún incipiente jurisprudencia sobre el tipo atenuado de apreciación discrecional, se puede observar cómo, lamentablemente, el loable intento del legislador de mejorar la proporcionalidad de la respuesta penal en la desproporcionada penalidad de los delitos de tráfico de drogas se está viendo reducida a su aplicación excepcional a cantidades insignificantes de droga comercializadas por personas adictas.

Junto con la necesaria perspectiva jurídica sobre la materia, nos pareció pertinente abordar también la visión empírica y político-criminal sobre la materia. Así, el médico forense Guillermo Portero nos ofreció una clarificadora exposición empírica sobre la historia del consumo de sustancias químicas y las realidades actuales del tráfico y el tratamiento terapéutico de las adicciones. Por su parte, Xabier Arana, investigador del IVAC-KREI, a quien hemos de agradecer su disposición a cubrir la imprevista ausencia del Catedrático de Málaga Juan Muñoz, analizó la evolución de las políticas y legislaciones en materia de sustancias denominadas estupefacientes, dejando clara la necesidad —que se abre de nuevo paso en los últimos tiempos a propuesta de personas muy conocidas y reconocidas— de una política diferente a la prohibicionista en relación al fenómeno social de las drogas. En estos Cuadernos se añade la aportación escrita del Catedrático Juan Muñoz quien desde la misma perspectiva analiza el fracaso de la política prohibicionista y la propuesta de una despenalización controlada.

En la jornada del viernes tuvo la ponencia el magistrado de la Audiencia Nacional Ramón Sáez y participaron en la mesa redonda, moderada por la vocal delegada de mediación del CGPJ Margarita Uría, la secretaria judicial Concha Sáez, la abogada y mediadora Esther Pascual, el fiscal del Tribunal Supremo Félix Pantoja y la abogada y mediadora Nerea Laucirica.

La jornada se inició con una magnífica ponencia de Ramón Sáez, a quien se encargó reflexionar sobre la justicia restaurativa en delitos graves, significadamente en relación con delitos de terrorismo. El encuentro y el diálogo en memoria de José María Lidón constituyen un marco idóneo para abordar la pertinencia y virtualidad de los mecanismos de justicia restaurativa en relación con victimarios y víctimas de delitos graves de terrorismo. Creemos, y deseamos, encontrarnos por fin en la agnía de la banda terrorista ETA, lo cual nos compele a situarnos y trabajar en pos de la futura convivencia entre todos, la memoria y la justicia respecto a un fenómeno que ha condicionado y marcado la historia reciente del País Vasco y de España. Sobre esas claves de memoria, verdad, justicia y dignidad debe edificarse el relato del pasado y la convivencia futura y para ello puede constituir un elemento catalizador la promoción de encuentros restaurativos, directos o indirectos, entre victimarios condenados y víctimas del sinsentido terrorista; principalmente pensando en las víctimas del terrorismo, en dar un paso más en su proceso personal y en la cicatrización de las heridas sufridas, en darles la posibilidad de confrontar a un exmiembro de ETA con el dolor sufrido, con el daño infringido por él. Las víctimas podrían experimentar que el arrepentimiento y el perdón sí sirven, no sólo a nivel general, sino a nivel personal; que la sociedad tome nota sobre el poder del diálogo y la importancia de aprender a vivir sin odio ni rencor.

La palabra de los condenados, su arrepentimiento, su petición de perdón, el reconocimiento del daño causado, su propia condena de su pasado, etc. —más aún si se hace en un proceso dialogado con las víctimas— contribuiría a construir un relato, una memoria de nuestra historia reciente, que la describa en términos moralmente justos. Con esto se profundiza realmente en el significado de su responsabilidad personal, profunda, con respecto a las víctimas que ha provocado. Precisamente esto constituye uno de los principios rectores para un modelo de fin de ETA sin impunidad propuesto en la reunión de asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo firmado en Madrid el 23 de noviembre de 2010.

La derrota del terrorismo y de los terroristas no necesita la derrota de la persona. Mediante estos encuentros restaurativos se puede producir también la redignificación de la persona que está detrás del terrorista y le abre el camino para su reconstrucción personal. Hay que tener en cuenta también que muchos victimarios necesitarán un proceso hasta llegar al encuentro más largo y más profundo que el realizado en esta experiencia, porque la culpabilidad haya dejado heridas profundas, por el nivel de prisionización, por dificultades psicológicas o ambientales o por las razones que fueran.

Más allá de este marco específico, en la mesa redonda se quiso profundizar en el proceso de consolidación de la mediación penal. En el año 2007 comenzó a prestar servicio a los órganos judiciales y a la ciudadanía el primer Servicio de Mediación Penal, en Barakaldo. Cuatro años después todos los órganos judiciales y ciudadanos de la comunidad autónoma tienen acceso a este mecanismo de justicia restaurativa en sus partidos judiciales. Llegados a este nivel de implantación, ha de seguirse reflexionando, trabajando y proponiendo, sin cejar en el esfuerzo, para que la administración de justicia, al acoger los principios del paradigma restaurativo, preste un mejor servicio y cumpla de mejor modo su función de resolución de conflictos, prevención del delito y reparación de los daños por él causados. A estos objetivos miraba la mesa redonda celebrada y los trabajos que se presentan en estos Cuadernos Penales José María Lidón.

Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos¹

Silvina Bacigalupo Saggese

Catedrática de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción

La LO 5/2010, de 22 de *junio*, introduce una de las reformas más significativas de la Parte general del Derecho penal de las últimas décadas: incorpora finalmente a la *persona jurídica como sujeto del Derecho penal* y establece su *responsabilidad penal directa*. La persona jurídica se convierte en sujeto del Derecho penal dejando de ser un tema de *lege ferenda*² para ser en una problemática concreta de *lege lata*. La discusión se presenta en la actualidad en un *nuevo escenario legal*, cuyos contornos se deberán ir perfilando a partir de esta nueva realidad jurídica. Resulta necesario, por tanto, abordar en este breve espacio una primera aproximación al nuevo texto legal e intentar esbozar algunos principios fundamentales que deberán regir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El legislador se esmera por justificar esta profunda reforma³ con el mismo argumento al que viene recurriendo en los últimos años en toda la proliferación de reformas penales⁴: es una consecuencia *directa* de la exis-

¹ El contenido del presente artículo forma parte del trabajo que se está realizando en el marco del Proyecto de Investigación I+D concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «Ética empresarial en una economía globalizada», DER 2008-5867/JURI, Investigador principal: Prof. Dr. Miguel Bajo.

² Por primera vez fue abordada por el legislador en el Proyecto de Código penal de 2006, luego en los proyectos de 2008 y 2009; vid. BACIGALUPO, S., «La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código penal de 2006 (art. 31 bis)», en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ 115/2007 pp. 199-235.

³ Véase, Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁴ Cabe recordar que desde la sanción del Código penal de 1995, son ya 24 las reformas que se han realizado en los últimos quince años.

tencia de numerosos instrumentos internacionales y de la Unión Europea que demandan una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente, en el tema que estamos tratando es conocida la *política criminal* de la UE y lo cierto es que ésta ha demandado «*sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*», sin embargo, como es sabido, el Derecho comunitario no puede imponer la efectiva obligación de una norma penal⁵. La Comisión y el Consejo han venido haciendo recomendaciones a los estados miembros en esta línea ya desde los años ochenta⁶, pero no todos los estados miembros han elegido la misma forma de dar respuesta a esta problemática. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra prácticamente generalizada en el ámbito del Derecho penal de los estados miembros de la UE. Se contempla expresamente en los Códigos penales de Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Finlandia, Holanda, Portugal, Suecia⁷. Alemania e Italia⁸, por el contrario, mantienen un régimen de responsabilidad administrativa, no por ello menos severa. Esta misma era la situación en España hasta ahora, donde la responsabilidad de las personas jurídicas solo era admitida en el marco del Derecho administrativo sancionador, ámbito en el que se piensa que no existe ningún impedimento dogmático para admitir una responsabilidad de las personas jurídicas.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que los *principios rectores del Derecho sancionador* y, por tanto, los principios de imputación, ya sea por responsabilidad penal o administrativa, no son diversos: en ambos casos se requiere la concurrencia de la comisión de un ilícito (típico y antijurídico) y la culpabilidad del autor para poder imponer una sanción. Consecuentemente, admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su respon-

⁵ Extensamente, SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre 2010, p. 2 s.

⁶ Recomendación R (88) 18, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, de 20 de octubre de 1988, Vid. extensamente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 313 ss. Exhaustivamente, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, p. 48.

⁷ BACIGALUPO, E., «La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reforma del Código penal de 2009)», *La Ley*, 3818/2010.

⁸ En Italia, sin embargo, la responsabilidad es sólo aparentemente *administrativa*, ya que se han sancionado desde la entrada en vigor del Decreto 231/2001 numerosas normas especiales que contemplan la responsabilidad de la empresa por delitos concretos y, además, son sanciones impuestas en el marco de un procedimiento penal. Vid. extensamente, Giovanni Grasso.

sabilidad penal⁹. En este sentido, reconoce la Constitución claramente que el *ius puniendi* del Estado¹⁰ es uno solo y se manifiesta de dos formas: a través del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal (arts. 9, 25 y 106 CE)¹¹. Por lo tanto, ambos sistemas sancionadores se deben regir por el mismo *sistema de imputación*. Desde esta premisa resulta evidente que sea cual sea el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, en todo caso, los problemas dogmáticos que presenta la responsabilidad de este sujeto del Derecho no se pueden evitar por el hecho de mantenerlo exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo, tal y como ha pretendido sostener un amplio sector de la nuestra doctrina durante tanto tiempo.

Por el contrario, la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, dicho con otras palabras, la consideración de la persona jurídica como *sujeto* del Derecho penal responde a una explicación de otra índole que nada tiene ver con supuestas «obligaciones internacionales o comunitarias» impuestas al legislador¹². Dicho de forma muy simplificada, la problemática se plantea en un contexto *social* diverso: la sociedad actual se presenta con un grado de complejidad, en la que la interacción social ya no tiene lugar exclusivamente entre sujetos individuales y que ya no se puede comprender sólo desde la perspectiva en la que era explicada a partir de la teoría del contrato social. Esta complejidad se plasma de forma muy significativa en la actividad empresarial y trasciende a la configuración jurídica que regula la vida de los negocios. La sociedad actual encuentra, en mi opinión, una mejor explicación de su configuración sobre la base de la *teoría de los sistemas* de Niklas Luhmann, lo que conlleva necesariamente también

⁹ En sentido contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», en *Abogados*, Septiembre 2010, pp. 38 ss., quien expone de forma sintética los argumentos tradicionales en torno a esta discusión.

¹⁰ BACIGALUPO, S., «La necesidad de armonización del Derecho sancionador penal y administrativo: principio de legalidad y remisión normativa en las leyes penales en blanco», en BAJO, M. / BACIGALUPO, S. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2007, pp. 345 ss. Ulteriores citas en BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, Cap. III, NM 6.

¹¹ Por todas, STC 18/1981; SSTS 17.12.1988, 16.3.1988. Amplia recensión de la problemática, BAJO, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Cap. III, NNMM 43 ss. Extensamente, GÓMEZ TOMILLO, M./SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general – Teoría General y Práctica del Derecho Penal administrativo*, 2.ª ed., Navarra, 2010, *passim*.

¹² En el mismo sentido, aunque desde otro punto de partida, SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre 2010, p. 3 s.

una evolución del sistema jurídico y un necesario replanteamiento de la idea del sujeto dentro del mismo¹³. Aunque no sea esta la única interpretación posible, ni el único punto de partida que permita sostener la responsabilidad penal de los entes colectivos¹⁴, no cabe duda que el Derecho penal no ha podido permanecer nunca al margen de la filosofía de su tiempo y, en este sentido, evoluciona ahora también —sin que probablemente el legislador sea consciente— hacia un nuevo paradigma del sistema jurídico, en el que se ve obligado a resolver o dar respuesta a problemas de una sociedad diversa, cuya complejidad no puede ser explicada sólo a partir del paradigma del ser humano y sus cualidades como único sujeto del sistema del Derecho penal¹⁵.

La falta de percepción del legislador de esta problemática conduce, sin embargo, a que la ubicación sistemática de la responsabilidad penal de este nuevo sujeto del Derecho penal haya sido formulada, equivocadamente a mi modo de ver, en el marco de la autoría en los *delitos especiales propios* (art. 31), como si de una subcategoría de autoría en delitos especiales se tratase, en vez de haberla contemplado en el marco general de la autoría (arts. 28 ss. CP). La consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal nada tiene que ver con los problemas dogmáticos de imputación que generan los delitos especiales propios¹⁶. Por el contrario, la determinación del sujeto debe ser en todo caso un requisito previo del sistema jurídico (penal), pues condiciona de forma inexorable el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Por tanto, la determinación del sujeto es un aspecto que debe quedar resuelto con carácter previo¹⁷. Como realidad *prejurídica* el paradigma del modelo de sujeto determina o condiciona el contenido de las categorías dogmáticas de imputación.

¹³ Me he referido a esta problemática en numerosas ocasiones con anterioridad y no es objeto del presente trabajo abordar el desarrollo de este punto de partida, vid. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 31 ss. y, en particular, «La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 67/1999.

¹⁴ Vid. ZUGALDÍA, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones en el derecho penal español y en la reforma penal: presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, 2008, *passim*.

¹⁵ BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 29 ss., 143 ss.

¹⁶ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, vol. I-II, Zaragoza, 1985, *passim*. BACIGALUPO, E., «La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en VV.AA., *Comentarios a la Legislación penal – La reforma penal de 1983*, t. V, vol. 1., Madrid, 1985.

¹⁷ BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 31 ss.

El cuestionamiento que se ha hecho en este contexto en relación a los conceptos de acción y culpabilidad —como el impedimento fundamental para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas— se encuentra directamente vinculado al cuestionamiento de la noción del sujeto mismo y no al concepto concreto de la acción o de la culpabilidad. Por esta razón, no se puede compartir la crítica que hacen varios autores¹⁸ en el sentido de que el legislador al incorporar a la persona jurídica como sujeto del Derecho penal estaría vulnerando los principios básicos de imputación jurídico penal, principio de imputación subjetiva (art. 5 CP) y la propia definición de delito (art. 10 CP), tal y como los recoge el Código penal¹⁹.

En la medida en que se pretenda seguir vinculando la responsabilidad penal de las personas jurídicas a categorías dogmáticas elaboradas a partir y para el sujeto ser humano, será imposible ofrecer un modelo de imputación adecuado a aquel. Así se pone de manifiesto en la propia previsión del art. 31 bis, en la que la problemática que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sigue abordando desde el paradigma de un sujeto concreto: el ser humano, vinculando las categorías dogmáticas a sus capacidades y no siendo categorías de imputación trasladables a este nuevo sujeto. También es clara expresión de esta postura la reciente Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

II. Presupuestos de la imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos²⁰

El legislador ha establecido un doble sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos: en el art. 31 bis CP y en el art. 129 CP. El art. 31 bis CP se recoge la responsabilidad penal de las que estricta-

¹⁸ Vid. por todos, RODRIGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», p. 38.

¹⁹ Por el contrario, en doctrina mayoritaria se entiende que el legislador introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas vulnerando los principios de imputación básicos del Derecho penal, como son acción, omisión, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc. Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», p. 38.

²⁰ Vid. entre los comentarios más recientes a la reforma penal de la LO 5/2010, ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Valencia, 2010. VV.AA., *Memento Experto —Francis Lefebvre, Reforma Penal— Ley orgánica 5/2010*, Madrid, 2010.

mente sean *personas jurídicas*²¹, dejando subsistente el art. 129 CP para aquellas *empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica*. Es decir, que los sujetos imputables del art. 31 bis son personas jurídicas en el sentido de lo dispuesto en el art. 35 CCiv, mientras que la responsabilidad ex art. 129 CP será aplicable, por ejemplo, a los grupos de empresas, sociedades civiles, agrupaciones de de interés económico, uniones temporales de empresas (UTE's), entre otras²².

Esta distinción de la responsabilidad penal de los entes colectivos entre los que tienen y no tienen personalidad jurídica se puede decir que está históricamente superada y ya no se corresponde con la realidad de la vida de los negocios, como tampoco a las soluciones más modernas contempladas en otros ordenamientos jurídicos europeos y a escala comunitaria²³. Lo decisivo a la hora de elaborar los criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del que el ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, sea titular²⁴. En materia de grupos de sociedades la propia jurisprudencia del TJCE sigue el criterio de la existencia de unidad económica y establece bajo qué condiciones una sociedad es responsable de las infracciones cometidas por una filial de la misma²⁵. En este sentido, cabe recordar que este modelo de imputación ya fue propuesto en el *Corpus Iuris* (art. 14) al establecer la responsabilidad penal de los entes colectivos²⁶.

El Código Penal ha optado por establecer, tanto en el art. 31 bis como en el art. 129 CP, un *sistema* de responsabilidad a las personas

²¹ Las empresas mercantiles estatales que se rigen por la Ley 6/1997, 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) estarán sometidas al régimen de responsabilidad penal del art. 31 bis en tanto que, en los términos de la Disp. Adicional 12.ª, están sometidas al derecho privado (art. 53.2 LOFAGE).

²² En este contexto, se ha planteado la problemática de las empresas con personalidad jurídica extranjera y con domicilio en el extranjero o extranjeras sin personalidad jurídica, vid. GÓMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 480. No obstante hay que tener presente que las sociedades extranjeras, si bien han de ser reconocidas en el derecho español, obtienen dicho reconocimiento —en la práctica— de forma automática si están válidamente constituidas conforme a su derecho aplicable; si no fueran personas jurídicas conforme a su derecho aplicable les será aplicable el régimen previsto en el art. 129 CP.

²³ Vid. extensamente, TIEDEMANN, en DE DOELDER/TIEDEMANN, *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, 1996, p.26.

²⁴ BOULOC, en DE DOELDER/TIEDEMANN, *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, 1996, nota 16, p. 26.

²⁵ RUTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen*, 1987, pp. 47 ss.

²⁶ Vid. AA.VV.: *Hacia un espacio judicial europeo – Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998, p. 82.

jurídicas vinculado al hecho delictivo cometido por una persona física dentro de la estructura empresarial. También es este el modelo que se recoge en el apartado segundo del art. 31 bis al permitir imputar el hecho delictivo a la persona jurídica «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada». La no identificación de la persona física concreta que hubiese actuado en nombre de la persona jurídica no significa la inexistencia de un hecho de conexión y el reconocimiento de un hecho propio de la persona jurídica, ni tampoco una responsabilidad objetiva de la empresa, sino que atribuye un hecho a la persona jurídica que ha «tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el párrafo anterior» (art. 31 bis 2). Dicho con otras palabras, la acción u omisión de una (o varias) persona física existe aunque ésta no haya podido ser identificada. No se trata tampoco de cualquier acción realizada por cualquier persona dentro de la estructura empresarial, sino solo de acciones u omisiones que pueden haber sido realizadas por las competencias concretas otorgadas al círculo de autores determinados en el párrafo primero.

Las características esenciales de este modelo de responsabilidad penal a los entes colectivos son las siguientes (art. 31 bis 1-31 bis, 1. 2.º párraf. — 31 bis 2.— 129 CP):

a. *Atribución de la autoría a la persona jurídica y hecho de conexión: tipicidad*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra vinculada a la *existencia de un hecho* cometido por los representantes legales o administradores de hecho o de derecho (31 bis 1.) o por quienes, estando sometidos a la autoridad de estos y no se hubiera ejercido el debido control, hubieran podido cometer el hecho en nombre de la persona jurídica, en su provecho o por su cuenta (art. 31 bis, 1. 2.º párrafo), o, aunque no se identifique la persona concreta, el hecho haya tenido que ser cometido por quienes ostenten los cargos o funciones aludidas en el párrafo anterior (31 bis 2). Dicho con otras palabras, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no depende de la responsabilidad penal de persona física, sino de la existencia de un *hecho de conexión* atribuible a una persona física²⁷. A su vez, ello se completa, determinando que la responsabilidad penal de la persona jurídica

²⁷ Vid. *Infra*, en relación al art. 31 bis 3 CP que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de que el autor material no resulte culpable.

no se excluye por la del representante, ni tampoco la de este elimina la de la persona jurídica.

En el supuesto de los entes colectivos contemplados en el art. 129 CP, por el contrario, no es suficiente con la existencia de un hecho de conexión, sino que es requisito necesario para imposición de alguna de las consecuencias accesorias —que son las mismas previstas en los apartados c) – g) del art. 33.7 CP— que exista un autor (persona física o jurídica) «responsable del hecho al que se le haya impuesto una pena», toda vez que las consecuencias accesorias lo son de la pena.

El art. 31 bis establece así básicamente dos niveles de atribución de responsabilidad a la persona jurídica:

- el primer nivel requiere la existencia de un *hecho de conexión* realizado por los *administradores* (de hecho o de derecho) o por los *representantes legales*. En principio, esta hipótesis no ofrece especiales problemas toda vez que es la ya conocida fórmula utilizada también para la extensión de la autoría en los delitos especiales propios: actuación en nombre de otro²⁸. En este sentido, cuando el administrador de derecho de una persona jurídica lo sea otra persona jurídica también cabrá la posibilidad aplicar el art. 31 bis también a la administradora. Sin embargo, hay autores que sostienen que ello sería incompatible con el principio de legalidad, ya que vez que el párrafo segundo del art. 31 bis 1 presupondría de forma errónea que los administradores y representantes legales son siempre una persona física²⁹ al decir expresamente «estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior». Sin duda, la redacción del texto legal no es afortunada, pero no lesiona el principio de legalidad ni se impide en absoluto que la persona jurídica administradora de otra pueda responder también conforme al art. 31 bis. Hay que tener en cuenta que cuando una persona jurídica es administradora no procede la inscripción de su nombramiento como administradora en tanto no conste la identidad de la persona física designada para el ejercicio de los deberes de administración (art. 143, RD 1784/1996, de 19 julio, Reglamento del Registro Mercantil). Es decir, siempre hay una persona física designada que ejerce los deberes de administración.

²⁸ Si bien la problemática que aquí se plantea nada tiene que ver con aquella.

²⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», p. 9 s.

— en el segundo nivel se hace depender la atribución de la autoría a las personas jurídicas además de la *ausencia del debido control sobre las personas que hayan actuado bajo la autoridad de los administradores*³⁰.

Parecería que el legislador solo vincula esta segunda forma de atribución de autoría a la existencia de un *déficit de organización* o de infracción del debido deber de cuidado. Sin embargo, en mi opinión, la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas.

Por lo tanto, el *modelo de imputación* debe basarse sobre la existencia de dos requisitos de imputación básicos: un *hecho de conexión* y la *culpabilidad por defecto de organización*³¹. El defecto de organización no sólo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica³². Consecuentemente, aunque haya una actuación delictiva de un administrador, representante legal o un empleado y esta se hubiese producido a pesar de la existencia de una estructura organizativa adecuada y un control debido, se deberá excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y solo responderá, en su caso, la persona física responsable del hecho. Por otro lado, es requisito indispensable de la imputación del resultado creado o no evitado pueda ser imputado objetivamente al riesgo generado por la ausencia de control debido o por la omisión de control. Aquí rigen sin excepción alguna los criterios generales de imputación.

³⁰ MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, p. 55, quien —como en anteriores trabajos suyos— señala acertadamente que a esta fórmula de imputación elegida por el legislador, subyace una cierta reminiscencia de los criterios de reproche *in vigilando* e *in eligendo* que se acuñaron para la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC).

³¹ TIEDEMANN, K., «Die «Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW* 19 (1988). BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 398 ss.

³² BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 398 ss.; la misma en GÓMEZ TOMILLO, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid 2010, p. 272. En el mismo sentido, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, p. 56 s., quien no excluye la posibilidad de recurrir a otros criterios de fundamentación como sostiene el mismo autor en CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, (Dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 62 ss.

Por otro lado, se exige además que estos hechos hayan sido cometidos «*en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho*». El primer requisito exige que el hecho se haya cometido en nombre de la persona jurídica o en ejercicio de actividades sociales y supone, por tanto, que esta solo responderá de los hechos que los administradores, representantes legales o empleados hayan llevado a cabo dentro del marco de actuación conferido por los poderes que le fueran otorgados. En su caso, la extralimitación del administrador en los poderes que le fueron acordados podría constituir, si concurriese un perjuicio patrimonial, un delito de administración desleal. En este sentido, toda actuación de los administradores o representantes legales fuera del marco de los poderes de administración sólo será imputable a estos. Desde esta perspectiva, es indiscutible la trascendencia que adquiere la posición de garante de los administradores y representantes legales, así como la de las personas responsables de los sistemas de control interno, la configuración de sus deberes y las exigencias de la delegación de la misma³³. La trascendencia que esta cuestión adquiere para la actividad empresarial la ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo Federal alemán en una primera sentencia sobre los deberes de los *compliance-officers* y las exigencias que debe de cumplir la delegación de la posición de garante³⁴. Será, por tanto, de especial y extraordinaria trascendencia en el marco de la actividad empresarial configurar de forma concreta y expresa los deberes que incumben a las personas encargadas de los distintos niveles de tomas de decisión dentro de la organización de la empresa. En este sentido hay que tener en cuenta que en el marco legal del derecho de sociedades existe un margen muy amplio para la delegación de deberes y de autoorganización de los deberes de administración del Consejo³⁵ que no siempre resultará compa-

³³ Más extensamente sobre este aspecto, BACIGALUPO, S., SÁNCHEZ-VERA, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Barcelona, 2005, pp. 25 ss.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo alemán, BGH Urt.v. 17.7. 2009 – 5. StR 394/08, NJW 2009, pp. 3173 ss., en la que se condenó al responsable del servicio interno de revisión (*Leiter der Innenrevision*) por estafa en comisión por omisión. Según la argumentación del fallo al responsable de la unidad interna de revisión de una entidad pública le incumbe el deber de garante de impedir erróneas liquidaciones tasas. En *obiter dictum* señaló además que estas consideraciones serían aplicables al *compliance officer*, cuya función consiste en evitar infracciones jurídicas especialmente también hechos punibles cometidos a través de la empresa (27). Vid. ROTSCH, «Entscheidungsbesprechung: Garantspflicht aufgrund dienstlicher Stellung», ZJS 6/2009, p. 712 ss. BÜRKLE, en HAUSCHKA, *Corporate Compliance - Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. ed., 2010, pp. 128 ss.

³⁵ Téngase, por ejemplo, en cuenta la libertad de autoorganización y de delegación de deberes de la que goza el consejo de administración de una sociedad anónima,

tible o fácilmente conciliable en relación con la posición de garante que existe en el ámbito penal.

A su vez es necesario que desde un punto de vista objetivo el hecho realizado por el administrador en representación de la persona jurídica le haya proporcionado además a esta un *provecho* o ventaja como resultado de dicha acción. No es acertado sostener que la referencia al «provecho» está referida a un elemento subjetivo del tipo³⁶, sobre todo cuando no se especifica el tipo penal concreto realizado por el administrador que debe ser imputado a la persona jurídica. Parece claro, por el contrario, que el provecho a que se refiere el art. 31 bis 1 constituye una ventaja para la persona jurídica que debe ser apreciada objetivamente³⁷. Una cuestión distinta es determinar en qué debe consistir el provecho. Por lo pronto, el legislador no ha precisado la naturaleza del beneficio (beneficio económicamente evaluable, beneficio estratégico desde un punto de vista de la posición mercado que puede proporcionar la conducta, beneficio en valores intangibles, etc.³⁸). Esta misma crítica también fue puesta de manifiesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de 2009. La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado tampoco arroja luz a la interpretación que habrá de darse a este requisito, pues, si bien entiende que se trata —en primer término— de un elemento subjetivo que debe concurrir en el agente actuante, luego indica que alternativamente cabe interpretarse conforme a parámetros objetivos de tal forma que si la acción del agente finalmente terminara perjudicando a la empresa, no podría serle imputada³⁹.

La *responsabilidad penal de las personas jurídicas es acumulativa* (art. 31 bis 2): responde tanto la persona física como la jurídica. En este

art. 141 LSA. En este sentido, cobrarán aún mayor trascendencia las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo, aunque éste no se sea de cumplimiento obligatorio (art. 116 LMV). El hecho de que el CBG haya sido elaborado, en principio, para una sociedad anónima, no significa que algunas de las recomendaciones allí establecidas no puedan ser de utilidad para la organización de sociedades de otras características societarias.

³⁶ Así GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», p. 10. En sentido contrario, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 393. Parece que se expresa también en este sentido, GÓMEZ-JARRA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, pp. 485, 487.

³⁷ BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 391 ss., p. 393.

³⁸ BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 392.

³⁹ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pp. 42 ss.

sentido, constatada la comisión de hecho delictivo, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se excluye, como ya hemos señalado, aunque la persona física concreta no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir la acción penal contra ella. Tampoco se exime la responsabilidad de la persona jurídica aunque la persona física que cometió el hecho hubiese fallecido o se hubiese sustraído a la acción de la justicia (art. 31 bis 3).

Finalmente, la concurrencia en las personas físicas de circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad tampoco excluirá ni modificará la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 bis 3). Es evidente que la culpabilidad, se la defina como se la defina, es estrictamente individual y de carácter personal, por lo que no puede afectar más que al sujeto en quien concurren. Por esta misma razón, tampoco es posible comprender que se disponga que si han de responder tanto el administrador como la persona jurídica y se impusiera una pena de multa esta deberá ser proporcionada para ambos. Esta disposición no deja de ser sorprendente, toda vez que la gravedad de una pena —y la multa es una pena— ha de ser proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.

Se pone de manifiesto, en mi opinión, que el legislador no ha elaborado un *modelo de imputación* en sentido estricto⁴⁰ —como se explica en la Exposición de Motivos—, sino que se describe la determinación de unos hechos que permitirán la atribución de estos a las personas jurídicas. La imputación de un ilícito requiere, como hemos ido señalando, otros elementos más allá de la mera atribución del hecho al autor, ya que de ser suficiente para la responsabilidad penal de las personas jurídicas o entes colectivos la existencia exclusiva de un hecho de conexión ello constituiría un modelo de responsabilidad objetiva incompatible con los principios del Derecho sancionador. Será labor de doctrina y de jurisprudencia ir concretando los criterios de imputación reformulando las categorías dogmáticas de imputación para las personas jurídicas⁴¹.

b. *Delitos imputables a las personas jurídicas*

El modelo seguido por el legislador es igual que el que en su día utilizó cuando se introdujeron las consecuencias accesorias aplicables a las

⁴⁰ En otro sentido, SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», p. 5, quien considera, sin embargo, que el sistema de imputación elegido por el legislador responde al *modelo de atribución*.

⁴¹ Ya existen diversas aproximaciones elaboradas por la doctrina, vid. referencias nota 3.

personas jurídicas en el CP de 1995 (art. 129): un *sistema de numerus clausus*⁴². A pesar de ser el art. 31 bis una norma contenida en la Parte general del Código el catálogo de *delitos* en los que el legislador ha previsto expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas es taxativo: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis, 7.º), prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3), estafa (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264. 4), propiedad intelectual, industrial y contra el mercado (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302.2), delitos contra la Hacienda Pública (art. 310 bis), delitos contra trabajadores extranjeros (art. 318 bis), delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio artístico y el medio ambiente (arts. 319, 327, 328), delitos contra la seguridad colectiva (art. 343, 348), tráfico drogas (art. 369 bis), falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 bis), cohecho (art. 427), tráfico de influencias (art. 430) y corrupción de funcionarios extranjeros o de organización internacional (art. 445) y criminalidad organizada y financiación del terrorismo (arts. 570, 576). Es preciso señalar que el legislador no se ha limitado a un catálogo de delitos dolosos, sino que varias de las figuras delictivas también son punibles a título de imprudencia⁴³.

Desde que se introdujera la discusión sobre la posible incorporación de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas —en el Anteproyecto de 2008— se percibía poca claridad en la visión del legislador sobre el catálogo de delitos seleccionados, pues esta no estaba prevista en todos los delitos económicos, ni era comprensible que no se la estableciera respecto de algunas figuras. En este sentido, sigue sin tener explicación, por ejemplo, por qué la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo está prevista respecto de los delitos contra los trabajadores *extranjeros* (art. 318 bis) y no lo está, en general, respecto de todos los delitos contra los trabajadores, donde solo prevé para la empresa la posible aplicación de las medidas del art. 129 CP⁴⁴.

Hay que tener en cuenta que a los entes colectivos sin personalidad jurídica se les podrá imponer las consecuencias accesorias del

⁴² Recientemente en varias conferencias sobre este tema se han pronunciado Rodríguez Ramos y Zugaldía a favor de revisar este catálogo de delitos y proponiendo como alternativa un catálogo abierto de delitos.

⁴³ Son punible a título de imprudencia, por ejemplo: blanqueo de capitales (art. 301.3), medioambiente (art.331), vertidos y emisiones de materiales y radiaciones ionizantes (art. 344).

⁴⁴ De la simple lectura del art. 318, es evidente que el legislador se olvidó de modificarlo correspondientemente, pues contempla la misma redacción que se le dio al introducir al CP el art. 129.

art. 129 CP por todo el catálogo de delitos previsto para las personas jurídicas (129.2 CP) y por los que expresamente tengan previsto solo las consecuencias accesorias [delitos relativos a la manipulación genética (art. 162), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), delitos contra los trabajadores (art. 318) y delito de falsedad de moneda (art. 386)].

c. *Atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis 4)*

El legislador ha establecido un específico catálogo de *circunstancias atenuantes* de la responsabilidad de las personas jurídicas que operan con posterioridad a la realización del hecho. Así se contempla, la *confesión* antes de que el procedimiento se dirija contra esta, la *colaboración con la investigación* en cualquier momento del proceso, la *reparación o disminución del daño* o haber establecido antes del comienzo del juicio oral *medidas eficaces para prevenir hechos futuros* y descubrir delitos. La mayoría de las previstas no constituyen novedad en relación a las previstas para las personas físicas (confesión, reparación o disminución del daño), pero las implicaciones procesales que de estas deriva son numerosas⁴⁵.

En relación a las *medidas eficaces para prevenir hechos futuros* cobrará especial importancia práctica el establecimiento de eficaces medidas de prevención o, como se las conoce en el derecho comparado (vid. En la UE, en especial, ofrece un modelo muy completo el derecho italiano, DL 231/2001), los llamados *programas de compliance*. En este sentido, aunque el legislador *solo* los haya previsto como *atenuante* el establecimiento de los programas de *compliance* cuando estos se establezcan en la organización empresarial *con posterioridad* al descubrimiento del hecho delictivo, estos deberán ser tenidos especialmente en cuenta cuando fueran establecidos *con anterioridad a la comisión del hecho* para determinar la *culpabilidad* de las personas jurídicas: *la culpabilidad por defecto de organización se debe excluir* necesariamente cuando *ex ante* el programa de *compliance* y/o un adecuado *código de buen gobierno corporativo* permita demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales y,

⁴⁵ Extensamente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», p. 13 s.

por lo tanto, no haya infracción de deber, ni defecto de organización de la persona jurídica. Ello no significa que pueda ser considerado excluyente de la responsabilidad penal de la persona la mera existencia de cualquier tipo de programa de *compliance*, sino que deberá ser elaborado atendiendo a las distintas y concretas formas de organización dentro de la empresa, de su objeto de negocio, de sus riesgos específicos, cobrando especial trascendencia la *supervisión interna* dentro de la propia organización empresarial (auditoría interna, *chief compliance officer* (CCO), etc.)⁴⁶.

En este contexto, aunque el legislador haya dispuesto que «solo» se podrán considerar como circunstancias atenuantes las específicamente recogidas en el art. 31.4 CP, es evidente que tal afirmación no se puede entender en sentido excluyente de otras posibles causas que pudieran ser de análoga significación, ya que de lo contrario se estarían limitando derechos fundamentales de la persona jurídica.

Por otro lado, si bien no se ha dispuesto un catálogo específico de *agravantes* aparecen de forma soslayada en lo dispuesto en el art. 66 bis CP en relación a la determinación de la pena, donde la pena se agravada cuando concurra: reincidencia y la utilización de sociedades instrumentales⁴⁷.

No es posible encontrar explicación lógica alguna al hecho de que no se hayan contemplado *causas eximentes* específicas. En este sentido, bien podría haberse tenido en cuenta las existentes en el Derecho comparado, como por ejemplo las existentes en el sistema norteamericano o italiano, en el que precisamente la existencia *ex ante* de una estructura organizativa adecuada orientada a la prevención de riesgos (*programas de compliance*) permiten excluir la responsabilidad de la empresa⁴⁸. En mi opinión, los *programas de compliance* pueden constituir, independientemente de no estar prevista su existencia *ex ante*, una causa de exclusión de la culpabilidad por defecto de organización. Para ello será necesario que la estructura organizativa de la empresas, sus órganos de gestión y supervisión interna, estén configurados teniendo especialmente en cuenta los riesgos de cada actividad empresarial concreta, la dimensión de la empresa y sus sucursales o filiales, etc. En función de tales características de la empresa se podrá configurar y

⁴⁶ BGH Urt.v. 17.7. 2009 – 5. StR 394/08, NJW 2009, pp. 3173 ss.

⁴⁷ Vid. *Infra* III.

⁴⁸ MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 58. CARBONELL/MORALES PRATS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», pp. 65 ss. MORÓN LERMA, *Las sanciones penales en Europa*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Monográfico, n.º 22/2002, p. 365 s.

delimitar la posición de garante, los deberes de supervisión y control, así como los requisitos que ha de cumplir su eventual delegación.

Tampoco se han previsto específicas *causas de justificación* que pudieran excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, no puede admitirse —al menos en el modelo de responsabilidad elegido por el legislador basado en la atribución del hecho de la persona física a la persona jurídica— que si el hecho ha quedado justificado para la persona física⁴⁹, no lo pueda estar también para la persona jurídica⁵⁰.

d. *Exclusión de la responsabilidad de determinadas personas jurídicas*
(art. 31 bis 5)

Por último, el legislador ha excluido —como lo hacen la mayoría de los códigos penales europeos que contemplan la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas— de forma expresa la responsabilidad penal del Estado, de las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, a las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y los sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

No obstante, es preciso tener en cuenta que esta exclusión no rige para las sociedades mercantiles estatales que desarrollen una actividad estrictamente mercantil, en el sentido de lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima, L 6/1997, de 14 abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Estas podrán ser imputables en el sentido del art. 31 bis en todos aquellos aspectos en los que se rigen por el Derecho privado.

e. *Extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*
(art. 130. 2 CP)

Finalmente, el legislador impide con una cláusula de cierre toda posible extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al

⁴⁹ Ciertamente, son prácticamente inexistentes los casos de delitos económicos en los que la jurisprudencia ha admitido la concurrencia de una causa de justificación.

⁵⁰ En el mismo sentido, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 58. CARBONELL/MORALES PRATS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 76.

disponer que ni la transformación, ni la fusión, absorción o escisión de la persona jurídica extinguirá su responsabilidad toda vez que se trasladará a la nueva sociedad o entidad la responsabilidad penal de su antecesora.

Tampoco será posible evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de su disolución, ya que el legislador establece la *presunción* de disolución encubierta o meramente aparente cuando se continúe con la misma actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados o una parte relevante de ellos. No cabe duda, que tal presunción constituye una clara inversión de la carga de la prueba lesiva del principio de presunción de inocencia, derecho fundamental, del que como todos los que por su esencia sean aplicables a las personas jurídicas, son titulares y han de ser escrupulosamente respetados⁵¹.

III. Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código penal (art. 33.7) y las consecuencias accesorias aplicables a los entes colectivos sin personalidad jurídica (art. 129)

El Código penal introduce también un específico y extenso catálogo de *penas* aplicables a *personas jurídicas* en el art. 33.7 CP y un catálogo de consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP para las asociaciones sin personalidad jurídica. En gran medida el nuevo catálogo de penas reproduce las mismas que ya contenía, tras la reforma del Código penal de 1995, el anterior art. 129 CP, salvo la introducción de la pena de multa (por cuota o proporcional)⁵².

Hoy la discusión en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias penales aplicables a las personas jurídicas es una discusión que queda definitivamente zanjada y viene a reconocer que las que fueran consideradas por el legislador de 1995 como «*consecuencias accesorias*» —y como *medidas de seguridad* en el Proyecto de Código penal de 1980 que como tales tantas críticas recibió en su momento— no pueden ser en el nuevo escenario más que *penas* en su más estricto sentido, tal y como ya había sostenido un sector minoritario de la doc-

⁵¹ Vid. BACIGALUPO, S., «Los Derechos fundamentales de las personas jurídicas», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 53/1999, *passim*.

⁵² Vid. ZUGALDÍA, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones en el derecho penal español y en la reforma penal: presupuestos sustantivos y procesales*, p. 217. BACIGALUPO, S., en GÓMEZ TOMILLO, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, p. 511.

trina⁵³, ya que todas las consecuencias penales son, por definición, privación de derechos fundamentales o constitucionales⁵⁴. Tal es así, que las consecuencias accesorias del actual art. 129 CP remiten directamente a las contempladas en el art. 33.7 c) – g) CP.

El legislador ha establecido ahora un confuso sistema: *consecuencias accesorias* (art. 129) para las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas *sin personalidad jurídica* y las penas (art. 33.7) aplicables a las personas jurídicas en sentido estricto⁵⁵.

El art. 33.7 CP recoge entre las penas aplicables a las personas jurídicas: a) *multa* por cuotas o proporcional, b) *disolución* de la personas jurídica, c) *suspensión de actividades*, d) *clausura* de sus locales y establecimientos, e) *prohibición de realizar actividades*, f) *inhabilitación* para obtener subvenciones y ayudas públicas y g) *intervención judicial*.

La multa es la pena por excelencia prevista por el legislador, mientras que las demás contempladas en el art. 33.7 quedan reservadas para los casos de mayor gravedad en función de la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 66 bis:

A) *Multa por cuotas o proporcional*: la multa es la pena por excelencia elegida por el legislador para las personas jurídicas. En todos los delitos previstos para las personas jurídicas se encuentra contemplada la pena de multa. En la mayoría de los casos se dispone la multa proporcional y se la vincula al tanto del *beneficio* obtenido o al *perjuicio* patrimonial causado. Allí donde la figura del delito no lleve aparejada la posible obtención de un beneficio o causación de un perjuicio, se establece la multa conforme al sistema de días multa. Estas han de regirse además por las reglas específicas dispuestas por el legislador para la pena de multa, en que el legislador ha establecido para la pena de multa de las personas jurídicas los siguientes criterios: a1) la *extensión* mínima será de diez días y máxima de cinco años (art. 50.3); a2) *cuota diaria* tendrá un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros

⁵³ ZUGALDÍA, J. M. «Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas», *Poder Judicial* 46/1997, *passim*; La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones en el derecho penal español y en la reforma penal: presupuestos sustantivos y procesales, *passim*. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 269 ss.

⁵⁴ KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997.

⁵⁵ Las consecuencias accesorias previstas son las mismas que se contemplan en el art. 33.7 c) – g). Como ya hemos señalado arriba la aplicación de consecuencias accesorias del art. 129 requieren, a diferencia de las penas, la existencia de una persona física condenada, pues estas son «accesorias a la pena que le corresponda al autor del delito».

(art. 50.4 CP); a3) en el caso de la *multa proporcional* en atención al beneficio obtenido, al perjuicio causado o a la cantidad defraudada, cuando estos parámetros no sean posibles de determinar el juez o tribunal habrá de motivar especialmente su cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: multa de dos a cinco años, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, cuando la pena de prisión prevista sea de más de dos años y no esté incluida en el apartado anterior y multa de seis meses a dos años en los demás casos (art. 52.4). Por último, se dispone la posibilidad de fraccionar el pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes o cuando sea aconsejable por el interés general (art. 53.5 CP). Finalmente, si la persona jurídica no satisficiera —voluntariamente o por vía de apremio— la multa impuesta se podrá acordar la intervención de la misma hasta el pago total de la multa (art. 53.5 CP).

Cabe señalar que no son pocos los delitos en los que la pena de multa puede alcanzar hasta el quíntuplo del beneficio obtenido por el delito cometido cuando la pena máxima calculada por el sistema días-multa resulte inferior.

B) *Disolución de la persona jurídica*: la disolución de la persona jurídica es, a pesar de figurar en segundo lugar, sin lugar a dudas la consecuencia jurídica más grave que se puede imponer a una persona jurídica, pues supone la denominada «muerte civil» de la misma. La gravedad de esta pena implica además no solo a los titulares de la persona jurídica, sino que puede afectar de forma irreparable a derechos de terceros, como —p.ej.— los trabajadores. Si bien se dispone en el art. 66 bis como regla general que para la aplicación de estas penas debe tenerse en cuenta «sus consecuencias económicas, sociales y especialmente los efectos sobre los trabajadores», no parece que ello sea un criterio que permita graduar su gravedad ajustado al principio de legalidad.

C) *Suspensión de actividades de la persona jurídica*: por definición del texto legal la suspensión de las actividades sociales es de carácter temporal, ya que de ser definitiva entrañaría, en la práctica, la disolución de la persona jurídica. Su duración no podrá superar los cinco años. En realidad, toda suspensión de actividad es una pena de inhabilitación temporal. (ver F). No se entiende por qué razón el legislador no ha agrupado las penas de inhabilitación bajo una única mención.

D) *Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos*: es esta una pena que ya se disponía como medida en numerosos preceptos del CP anterior a 1995 [p.ej., arts. 194, 221.3, 271 b), 276.2, 288, 294.2,

298.2, 299.2, 302 b), 327, 366, 370, 430 520]. En algunos de estos preceptos en que se contempla esta se introducen ciertas variantes a la denominación y se habla de «cierre». También se aprecian cambios en los establecimientos que pueden ser clausurados. En ciertas ocasiones se habla de «industria», de «fábrica o laboratorio» o, por último, de «dependencias abiertas al público». A pesar de tales variaciones nada parece hacer pensar que se trata de una pena diferente a las contempladas con carácter general en el art. 33.7. La clausura solo puede ser temporal y no podrá exceder de los *cinco años*.

E) Prohibición de realizar actividades sociales: la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, puede ser *definitiva o temporal*, en este último caso no podrá exceder de los *quince años*. Cabe preguntarse qué diferencia se supone existe entre la «suspensión de sus actividades» y la «prohibición de actividades sociales». La suspensión de actividades no pueden ser otras que las sociales, al igual que las contempladas en este apartado *E)*. La diferencia fundamental entre ambas reside, sin embargo, en el caso de de ser temporal: la suspensión tiene un límite de cinco años, mientras que la prohibición puede llegar hasta quince. Sin lugar a duda, la naturaleza de estas dos penas no es diferente y, sin embargo, su tratamiento es muy diverso implicando consecuencias gravosas (vid. *infra*).

F) Inhabilitación: la pena de inhabilitación para las personas jurídicas contempla tres clases diversas de inhabilitaciones: en primer lugar, la *inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas*, en segundo lugar, la *inhabilitación para contratar con el sector público* y, por último, la *prohibición de gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social*. La duración de esta pena es de hasta *quince años*. Ya habíamos señalado en otro lugar que este era precisamente el marco dentro del cual el legislador debía haber introducido la pena de inhabilitación que se encuentra contemplada desde la reforma de 1995 en el art. 262 CP cuando aún no existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

G) Intervención judicial: La intervención de la empresa es una pena que, al contrario de las demás ya analizadas, no siempre apareció entre las consecuencias accesorias contempladas para las personas jurídicas. Esta figura había sido contemplada solo en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 y en el Borrador de Código penal de 1990. Sin embargo, su referencia había desaparecido —como *consecuencia accesoria*— en el Anteproyecto de Código penal de 1992 y en el Proyecto de Código penal 1992, siendo recuperada por el Anteproyecto de Código penal de 1994.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o solo limitarse a algunas de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Se dispone en este sentido que el juez o tribunal podrá determinar en la sentencia o, posteriormente, mediante auto quién se hará cargo de la intervención y los plazos de los informes de seguimiento de la intervención. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Por último, se dispone que reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio del cargo de interventor. En este sentido, no se podrá dejar de tener en cuenta la regulación existente sobre la administración judicial en el embargo de empresas contemplada en los arts. 605 y siguientes de la LECiv.

Por último, cabe subrayar que esta pena requiere para su adopción la concurrencia de una finalidad particular, diferente de la establecida con carácter general: este supuesto parece que solo cabe imponerse cuando su finalidad sea la *salvaguarda de los derechos de los trabajadores* —como ya se contemplaba en su carácter de consecuencia accesoria en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (art. 138.2) y en los proyectos de Código penal de 1994 y 1995— o *salvaguardar los derechos de los acreedores*. En este sentido, llama profundamente la atención una vez más —tal y como ya señalamos en relación a su incorporación en 1995— que esta pena, cuya finalidad viene fundamentada en la protección o salvaguarda de los derechos de los trabajadores, no se haya previsto precisamente en los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV (arts. 311- 318), en los que permanece inalterado el art. 318 que establece solo consecuencias accesorias del art. 129 CP. Es evidentemente un craso olvido del legislador que al introducir el nuevo art. 31 bis debía haber modificado el art. 318.

La *clausura temporal* de locales y establecimientos, la *suspensión de actividades sociales* y la *intervención judicial* pueden imponerse no solo como sanción, sino también durante el proceso como *medidas cautelares* (art. 33.7, últ. párraf.). La limitación de la función como medida cautelar solo a estas tres figuras es lógico, toda vez que las demás previstas en el catálogo de penas del art. 33.7 tienen un carácter definitivo, como la disolución, no pueden nunca ser impuestas de forma cautelar. Sin embargo, no parece razonable la exclusión de otras figuras que tienen también un carácter temporal, como la prohibición de realizar determinadas actividades, que podría cumplir perfectamente la función de medida cautelar. Como toda medida cautelar, también las previstas en el art. 33.7, se deben ajustar los requisitos generales exigibles a las medidas cautelares de concurrencia de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Para decidir sobre la *imposición y la extensión de las penas previstas en el art. 33.7 (b-g)* se dispone en el art. 66 bis que habrá de tenerse en cuenta: a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, b) sus consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores y c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. En este sentido, es preciso señalar que un catálogo de penas cuyas determinación concreta y cuya duración no se encuentra prevista de forma expresa en el tipo penal vulnera claramente el principio de legalidad en su aspecto de *lex certa*⁵⁶. No es posible que el legislador deje al arbitrio judicial la decisión de cuál de todas las penas previstas en el art. 33.7 será aplicable al delito cometido por una persona jurídica, toda vez que cada una de las penas prevista afecta derechos fundamentales de diversa índole y gravedad, pues no tienen las mismas características, ni las mismas implicaciones para la actividad empresarial. La regla establecida en el nuevo art. 66 bis es una regla de determinación de la pena, pero no establece —ni puede— el marco de la pena que debe estar contenido en el tipo penal.

Por último, como ya hemos señalado, se introducen de forma indirecta por vía del art. 66 bis que recoge las reglas de determinación de la pena un catálogo de *circunstancias agravantes*: la *reincidencia* y las «*sociedades pantalla*» que deberían haberse previsto en el art. 31 bis.

En otro orden de problemas, el art. 33.7 establece que todas las penas previstas para las personas jurídicas tienen la consideración de *penas graves*. La clasificación que el legislador hace entre delitos graves, menos graves y faltas en función de su pena en el art. 13 CP y la clasificación de las penas como graves, menos graves y leves en el art. 33 tiene escasa o nula relevancia práctica. Si esta clasificación tuviera algún sentido práctico el legislador hubiese vinculado la prescripción de los delitos y las penas, así como las reglas de competencia para su enjuiciamiento en función de esta clasificación. Sin embargo, para poder determinar tanto la prescripción (art. 131 y 133 CP) como la competencia jurisdiccional (art. 14.3 y 757 LECrim) se establecen reglas en función del marco abstracto de la pena prevista para el delito o, en el caso de la prescripción de las penas, de la duración de la pena concreta impuesta.

La coherente interpretación de lo dispuesto en los arts. 33.7 y las reglas relativas a la prescripción (arts. 131 y 133 CP) y a la competencia

⁵⁶ En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», p. 5.

(arts. 14.3 y 757 LECrim) no se puede llevar a cabo sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 66 bis CP, toda vez que en las disposiciones de la Parte especial el legislador hace una remisión genérica a la *duración de las penas* establecidas para los delitos previstos para las personas jurídicas sin determinar el marco abstracto de las mismas (arts. 156 bis, 177 bis, 197.3, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302.2, 310 bis, 319.4, 327, 328.6, 348.3, 369 bis, 399 bis, 427.2, 430, 445, 570 y 576 bis CP): «(...) *Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces o tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*». Por lo tanto, salvo la pena multa, cuya duración o proporción, se encuentra específicamente determinada en los delitos de la Parte especial y vinculada a su vez a la duración de la pena del delito cometido por la persona física, la duración de cualquiera de las penas previstas precisamente para los casos más graves en los apartados c) –g) depende, en particular, de lo dispuesto en el art. 66 bis 2.^a que puede sintetizarse en los siguientes criterios establecidos por el legislador:

- *Penas del art. 33.7 c) - g): suspensión, clausura, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención*: si la imposición es *limitada*, entonces su duración no podrá exceder de la duración *máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso en que el delito fuera cometido por una persona física*; y si la imposición es *por más de dos años*, será necesario además que la persona jurídica sea reincidente o se trate de una persona jurídica «pantalla».
- *Penas del art. 33. 7 b) y e): disolución y prohibición de actividades sociales*: si la imposición es con carácter *permanente* debe concurrir además que se esté ante un supuesto del art. 66.1. 5.^a o que se trate de una persona jurídica «pantalla».
- *Penas del art. 33.7. e) y f): prohibición de actividades sociales e intervención judicial por más de cinco años* también deberá concurrir además que se esté ante un supuesto del art. 66.1. 5.^a o que se trate de una persona jurídica «pantalla».

Con estos criterios y sin ninguna indicación del marco abstracto de la pena en los delitos de la Parte especial, no parece que vaya a ser fácil determinar la pena a imponer a una persona jurídica, ni su prescripción.

Directamente vinculado con los no pocos problemas que generará el deficiente sistema de determinación de las penas previsto, se encuentra la determinación de la *competencia* para enjuiciar los delitos cometidos por personas jurídicas. A estos efectos, los arts. 14.3 y 757

LEcrim establecen los criterios para establecer la competencia. Sin embargo, tampoco será sencillo trasladar los criterios de determinación de competencia cuando se trata de delitos cometidos por personas jurídicas, toda vez que la ley no contiene la debida precisión de las penas aplicables a las personas jurídicas. En este sentido, se debería establecer como criterio general la misma competencia que la que corresponda para enjuiciar el delito imputado al administrador o al representante legal de la persona jurídica, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende del hecho realizado por estos, y esta responderá por ese delito. La misma regla debería ser el criterio para la aplicación de las reglas de prescripción. Esta argumentación puede encontrar un cierto apoyo legal en la circunstancia de que el legislador en el ámbito de la determinación del marco de la pena de multa en los delitos previstos para las personas jurídicas —p.ej., 261 bis, 310 bis, etc.— establece el marco de esta en función del marco de la pena prevista para el delito cometido por la persona jurídica.

Es evidente, que las imprecisiones legales a las que nos hemos referido no son producto de ninguna transposición de normativa comunitaria ni puede atribuirse a la legislación internacional, sino que se trata simple y llanamente de una defectuosa técnica legislativa a la que el legislador penal nos tiene ya acostumbrados en los últimos años⁵⁷.

Por último, es preciso señalar que el legislador no ha abordado en absoluto los aspectos procesales que conlleva la incorporación de un nuevo sujeto⁵⁸.

La labor interpretativa que exige un texto legal con tantas deficiencias, no es fácil de abordar y muy probablemente han quedado aún muchas cuestiones en el tintero que se irán poniendo de manifiesto a medida en que vayan surgiendo los problemas prácticos concretos.

Sin duda, estamos ante un nuevo escenario jurídico que es reflejo de un paradigma de sociedad diverso que impone un importante reto para doctrina y jurisprudencia en la necesidad de elaborar adecuadas categorías y criterios de imputación para un nuevo sujeto, sin que la deficiente técnica legislativa pueda suponer ningún menoscabo de la vigencia de los principios garantistas inherentes al Derecho penal.

⁵⁷ Vid. también en este mismo sentido y con más ejemplos sobre la reforma de la LO 5/2010, SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», p. 5.

⁵⁸ Vid. extensamente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», pp. 11 ss.

Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Ángel Juanes Peces
Presidente de la Audiencia Nacional

I. Aspectos procesales

A. *Jurisdicción*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida por el CP no depende de su nacionalidad, sino de la aplicación de los criterios relativos a los límites espaciales de la ley penal, coincidentes con el ámbito de la jurisdicción (con carácter general, los establecidos en el art. 23 LOPJ). Cuando se impongan sanciones de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades o intervención a personas jurídicas extranjeras, la ejecución de la sanción requerirá la obtención de la necesaria cooperación jurídica internacional, campo en el que se debe profundizar normativamente a través de instrumentos adecuados. La ejecución de penas de multa requerirán cooperación internacional en caso de inexistencia de bienes suficientes en España (en la Unión Europea resulta de aplicación la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, transpuesta en España por la Ley 1/2008, de 4 de diciembre).

B. *Competencia*

Fundándose la responsabilidad de la persona jurídica en la ausencia de control interno, será también lugar de comisión del hecho —por la omisión del control— el de la sede social o donde radique la dirección efectiva de la organización, foro adicional al de la actuación de la persona física que realice la acción delictiva.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 39-44

C. Capacidad para ser parte y procesal y postulación

La exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica reclama, obviamente, la atribución a la misma del estatus de parte pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa, junto con la persona física si también contra ella se dirige el proceso o en solitario. Así pues, la persona jurídica habrá de figurar como imputada y luego como acusada para poder ser condenada.

Con ello la tradicional definición del sujeto pasivo del proceso penal como persona física viva contra la que se dirige la pretensión penal queda desfasada. La persona jurídica, desde que se dirija contra ella la investigación, podrá personarse en la causa y conocer las actuaciones e intervenir en ellas. Es más, habrá de ser llamada al proceso, pues la salvaguarda de su derecho de defensa exige que por el juzgado de instrucción se le comunique la imputación (art. 118 de la LECrim), de forma que:

- i) en el *proceso abreviado* se le reciba la declaración prevista por el art. 775 de la LECrim, como presupuesto necesario para la continuación del procedimiento contra ella (art. 779.1.4.º de la LECrim);
- ii) en el *proceso común para delitos muy graves* se dicte auto de procesamiento frente a la misma y se le reciba declaración indagatoria (art. 384 de la LECrim);
- iii) en el *proceso ante el Tribunal del Jurado* se le ponga en conocimiento de la imputación y se la convoque a la comparecencia para concretarla (art. 25 de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado)

Como una persona jurídica constituye una ficción, su presencia en el proceso será virtual, si bien su declaración en fase de instrucción y juicio habrá de prestarse por un representante que encarne su capacidad de comunicación, para contestar a las preguntas o guardar silencio. Ello sin perjuicio de su representación por procurador y la asistencia letrada. Por supuesto, la persona física en la que se corporice la jurídica en su defensa no la individualiza en el momento de la imposición de la responsabilidad y ejecución del castigo (así pues, no recibirán los defensores de la entidad el trato de los caballeros templarios, que intentaron exculpar a su Orden cuando se la enjuiciaba, tras ser invitados a hablar a su favor, y fueron de inmediato conducidos a la hoguera como herejes impenitentes).

También en el curso de las diligencias preliminares de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al sospechoso.

D. Objeto

1. LA PRETENSIÓN PENAL

a. Legalidad y oportunidad

Formalmente la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no descansa sobre el principio de oportunidad, salvo en la previsión de la mitigación de la pena cuando se confiese el delito, se colabore con la investigación o se adopten medidas preventivas. No obstante, la relativa indeterminación de la expresión «control interno» otorga a los jueces y tribunales penales un margen de arbitrio en el caso concreto que, materialmente, supondrá una selección de asuntos sobre los que aplicar las sanciones a las personas jurídicas. Tal selección, inevitable, hubiera sido preferible que se sometiera a criterios legalmente reglados.

La atenuación de la pena se prevé en los siguientes casos (art. 31 bis 4 CP):

- a) haber confesado el hecho a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella;
- b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando en cualquier momento del proceso pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes del hecho;
- c) haber procedido a reparar o disminuir el daño antes del juicio oral;
- d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En el Derecho administrativo sancionador de las prácticas restrictivas de la competencia, la denuncia y la colaboración con las autoridades puede servir, incluso, para alcanzar la exoneración de la responsabilidad al primer infractor que se presenta ante la autoridad para autoincriminarse y delatar a los demás (art. 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio). Se ha adoptado así en España, para la sanción de los cárteles, un modelo de clemencia con el chivato, incorporado también al Derecho antitrust de la Unión Europea, basado en la teoría de juegos y el dilema del prisionero, de gran utilidad para el Estado en la detección de los ilícitos y en la desestabilización de las organizaciones, grupos o conjuntos de voluntades criminales o ilegales (cuya cohesión se resiente al quedar minada la confianza entre sus miembros). Hubiera sido muy oportuno y de gran interés para la lucha contra la delincuencia organi-

zada y la corrupción la implantación en el proceso penal del mismo sistema, al menos en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

b. Principio acusatorio

Como todas las sanciones penales (incluidas las medidas de seguridad), las penas imponibles a las personas jurídicas quedan sometidas al principio acusatorio, el cual vincula al órgano judicial decisor al tipo y cuantía de pena solicitada por la acusación.

2. LA PRETENSIÓN CIVIL

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora (art. 116.3 del CP). Se trata de una responsabilidad para la restitución, reparación o indemnización que se superpone a la responsabilidad subsidiaria que corresponda conforme al art. 120 o a la directa del art. 122, ambos del mismo texto legal.

E. *Iniciación del proceso y prescripción*

¿Cómo se conjuga la nueva redacción del art. 131 del CP, relativa a la interrupción de la prescripción, con la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica? Sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal la prescripción se interrumpirá, conforme la norma citada dispone. La regla 3.^a del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, lo que permite es efectuar una identificación inconcreta de los individuos de la organización o grupo, no de de la organización o grupo en si.

F. *La investigación: nemo tenetur se ipsum laedere (neque societas)*

Dada la identidad ontológica entre sanciones penales y administrativas, el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas es muy discutible, pese a la normativa y jurisprudencia española al respecto (véase, por todas, la STC 142/2009, de 15

de junio). Pero, sea cual sea el alcance de tal deber de colaboración, no existe obligación alguna de tal tipo en el proceso penal, pues el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable rige sin matices en la justicia criminal, como manifestación del derecho a la no autoincriminación, que alcanza el poder de negarse a aportar datos o fuentes de prueba perjudiciales para uno mismo. Resulta entonces que la reforma actúa como espada de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que impera el clásico principio «nadie puede ser obligado a dañarse a sí mismo», tampoco las personas jurídicas, que si son imputadas pueden rehusar toda cooperación. Una paradoja que no puede superarse con la negación a las personas jurídicas de la garantía expresada: si pueden delinquir como las personas físicas, sus derechos ante la justicia penal son los mismos.

G. La conformidad

El límite de admisibilidad de la conformidad, al situarse en los seis años de prisión (art. 787.1 de la LECrim), se fija en una pena grave, de lo que se colige la admisibilidad de la conformidad de la persona jurídica con las penas —todas ellas de naturaleza grave— que para ella se soliciten. La conformidad privilegiada con reducción de un tercio de pena del art. 801 de la LECrim no cabrá si la pena es restrictiva de derechos de duración superior a diez años, supuesto al que hay que asimilar la disolución, que supone la extinción de la personalidad para siempre.

H. La prueba

También se reconoce a las personas jurídicas el derecho constitucional a la presunción de inocencia (que rige incluso, aunque con matices, en el procedimiento administrativo sancionador —art. 137 de la Ley 32/1992—).

Como es obvio, la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona jurídica recae en la acusación, lo que incluye, en relación con la existencia actual de la persona, la disolución encubierta o meramente aparente, si bien el art. 130.2.º CP incluye una directriz probatoria, poco apropiada en el ámbito penal, mediante la que dispone que «se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica

cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos». Según la Exposición de Motivos se trata de una presunción y la norma, al emplear el circunstancial «en todo caso», parece otorgarle la condición de *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario. Una interpretación conforme al derecho a la presunción de inocencia exige entender la directriz como guía indicativa de indicios susceptibles de fundar la correspondiente presunción judicial.

Respecto al hecho constitutivo del delito, habrá de practicarse prueba suficiente de cargo, tanto si la persona física autora es acusada como si no lo es. La prueba del hecho punible debe realizarse en el proceso contra la persona jurídica para que la responsabilidad penal de la entidad pueda ser declarada. Una sentencia condenatoria de la persona física no es ni necesaria ni suficiente. No es necesaria, porque la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma y puede exigirse aunque la responsabilidad de la persona física esté extinguida o no pueda exigirse por ausencia del supuesto autor. La condena de la persona física no es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica (como la condena por el delito subyacente al blanqueo de capitales no es condición para la condena por blanqueo). Y no es suficiente porque los hechos declarados probados en una sentencia penal no pasan en autoridad de cosa juzgada y no vinculan en un proceso penal posterior, ni en el enjuiciamiento de quien fue condenado por un hecho punible por un delito distinto, ni en el enjuiciamiento de una persona distinta por el mismo delito.

La carga de la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad penal consistente en el defecto de organización incumbe también a la acusación, que, en el enjuiciamiento de personas jurídicas que cuentan con una organización de cierta complejidad, cumplimentará con facilidad cuando no se haya diseñado, implantado, difundido y actualizado periódicamente un sistema de control interno en el seno de la entidad.

En definitiva, como efecto de la reforma, las empresas se encuentran en la necesidad de establecer efectivamente y mantener operativos sistemas de control interno si quieren evitar el riesgo de sufrir penas por los delitos que se cometan por sus gestores y empleados, en su nombre o por su cuenta y en su provecho. A los administradores de las compañías les incumbe asegurarse de su implantación, en bien de la persona jurídica y del suyo propio si no quieren incurrir en responsabilidad civil por el daño ocasionado a la entidad por la dejación por su parte de lo que se ha convertido en un deber ineludible: prevenir y detectar la criminalidad en la propia casa.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada

Alejandro Luzón Cánovas

Fiscal de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad organizada

I. Introducción

La lucha contra la delincuencia organizada es calificada por la Fiscalía General del Estado de *principal reto al que se enfrenta el Ministerio Fiscal*. No parece una afirmación exagerada a la vista de la complejidad y gravedad de estas conductas, que han invadido la actual economía globalizada limitando su eficacia y competitividad y contaminando el sistema financiero mediante la utilización de sus circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios. Pero, con ser esto grave, todavía lo es más que se estén socavando los principios básicos de los regímenes democráticos pues, al disminuir la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, que esta delincuencia pone a su servicio, termina por resultar dañado el propio Estado de Derecho.

En los últimos años la criminalidad organizada se ha visto especialmente atraída por la comisión de delitos económicos, quizá porque presentan mayor sofisticación y menor rechazo social que los tradicionalmente asociados con la delincuencia organizada (tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, terrorismo) y porque las ganancias obtenidas se encuentran potencialmente más al resguardo de las acciones represivas penales que las procedentes del tráfico de drogas o de la explotación de personas.

Efectivamente, al amparo de un sistema económico que cuenta con estructuras nacionales e internacionales cada vez más complejas, en el que las transacciones económicas y financieras se ejecutan con extraordinaria celeridad y a escala mundial, han ido apareciendo nuevas formas de delincuencia económica y se han perfeccionado los sistemas de ocultación de las conductas delictivas tradicionales. Las organizaciones criminales, especialmente cuando presentan una dimensión transnacional, se han dado cuenta de las ventajas de la glo-

balización y de la innovación tecnológica y utilizan con maestría los circuitos por los que transitan sus beneficios, sirviéndose de los más sofisticados mecanismos para lo que cuentan con experto asesoramiento legal y financiero, principal o únicamente dirigido a la ocultación de los productos del crimen y a su aseguramiento frente a la actuación del Estado.

Puede decirse que la criminalidad económica organizada ha crecido y se ha transformado de tal manera que ha llegado a convertirse en una verdadera economía del crimen, totalmente conectada con la denominada economía legal, en la medida en que aprovecha sus mismas estructuras para dificultar el descubrimiento del delito y ocultar los fondos ilícitamente obtenidos, que se canalizan después a través de los circuitos financieros.

La complejidad de los montajes jurídico-económicos que respaldan este tipo de delincuencia, la diferente nacionalidad de las personas implicadas en ellas, su ubicación en el territorio de diferentes estados, el uso que hacen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y el carácter masivo de los datos que los investigadores han de procesar, reclaman, por una parte, la actuación de instituciones capaces de emplear modernas técnicas de investigación y de análisis financiero-criminal, dirigidas a obtener los indicios suficientes sobre los hechos realizados y las personas responsables de ellos, conseguir la identificación de sus beneficios ilícitos, así como la anulación de sus fuentes de financiación, y asegurar las fuentes de prueba para su eficaz presentación ante los tribunales.

Pero, junto a esta necesidad de abordar desde nuevas perspectivas la investigación de las operaciones encaminadas a ocultar el producto de los delitos económicos y la misma identidad de sus autores, resulta imprescindible dotar al Estado de unas respuestas penales específicas y adecuadas para esta nueva realidad de la criminalidad organizada, toda vez que la respuesta penal clásica se ha revelado insuficiente para luchar contra estas estructuras delictivas, sean internacionales o locales. Dicha respuesta penal ha de ser, en primer lugar, supranacional, mejorando e incrementando los mecanismos de cooperación internacional. Pero, sin perjuicio de ello, y paralelamente a los muy relevantes esfuerzos llevados a cabo en este terreno durante los últimos años, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, los países desarrollados han desplegado también una intensa actividad legislativa con el decidido propósito de perfeccionar sus propios mecanismos internos de prevención y represión de estas conductas.

En la presente ponencia me propongo repasar el mecanismo represivo más novedoso en la lucha contra la criminalidad económica orga-

nizada, me refiero a la responsabilidad penal de la persona jurídica y de las organizaciones no dotadas de dicha personalidad reguladas en los artículos 31 bis y 129 del Código penal, novedad absoluta de la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, la primera y objeto de importantes reformas las segundas. Estos instrumentos punitivos, junto al delito de blanqueo y el comiso, de perfiles cada vez más amplios, conforman el repertorio represivo más eficaz contra estas formas de delincuencia.

II. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 5/2010

1. *La responsabilidad penal de la persona jurídica: una necesidad político-criminal*

La controversia en torno a la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no es en absoluto reciente, pero sí se ha visto acentuada en los últimos años, ligada al avance de la criminalidad empresarial en el marco de los llamados delitos económicos, hasta el punto de haber socavado y casi liquidado el tradicional principio *societas delinquere non potest*. El debate a escala internacional ha alcanzado un punto en el que puede afirmarse que la admisión de sanciones penales a las personas jurídicas goza de un reconocimiento mayoritario en las legislaciones occidentales, algunas presionadas por el imparable proceso de armonización internacional del Derecho penal, y de un creciente apoyo doctrinal, si bien es cierto que, al menos en la doctrina española, todavía es mayoritaria la posición de quienes se muestran contrarios a reconocer capacidad de delinquir a las personas jurídicas.

Durante años se ha discutido sobre esta cuestión. Hoy en día parece evidente que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica, lo que ha llevado a reconocer la existencia, junto a la criminalidad en la empresa, de una verdadera criminalidad de la empresa. Las grandes empresas tienen hoy una capacidad de dominio cada día mayor, desde luego en la vida económica, pero también en la social y en la política y la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo. Por otra parte, la determinación de responsabilidades individuales en el ámbito societario resulta cada vez más complicada. Bien

por la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, que hacen difícil, cuando no imposible, individualizar la responsabilidad de un sujeto concreto, bien por la creación de estructuras societarias dirigidas a eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos, que es lo que sucede con la delincuencia organizada.

Todas estas razones explican que diversos organismos e instituciones europeas e internacionales vengán abogando en los últimos años por dar una respuesta directa a la evidente peligrosidad de las personas jurídicas, introduciendo esta previsión, casi como una cláusula de estilo, en diferentes convenios, recomendaciones y decisiones. Algunos organismos, como el GRECO, la OCDE o el Consejo de Europa, recomiendan claramente, en el ámbito propio de sus Convenios, el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como forma de respuesta más adecuada a ciertas formas de criminalidad, otros, como Naciones Unidas o el GAFI, aprueban la imposición tanto de sanciones penales como civiles o administrativas y esta es también la postura de la Unión Europea que, en cumplimiento del objetivo de lograr una política criminal compartida entre los estados miembros, ha dictado numerosas decisiones marco en las que busca aproximar las disposiciones legislativas y reglamentarias de estos. España estaba obligada a dar una respuesta eficaz al problema de la criminalidad de las personas jurídicas, pero no necesariamente estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues la Unión Europea sólo exige que las sanciones sean efectivas, proporcionales y disuasorias.

No es pues del todo cierto, como se dice en el Preámbulo de la ley que sean «numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas». Las razones para la consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal responde, como he dicho, a la necesidad de dar respuesta a los problemas de una sociedad moderna, cuya complejidad no puede ser explicada sólo a partir del ser humano.

A día de hoy, se siguen esgrimiendo argumentos contra la posibilidad de una responsabilidad penal de la persona jurídica, apoyados tradicionalmente en su incapacidad de acción, en la imposibilidad de apreciar en ella la culpabilidad y en la de sufrir penas. Todos estos obstáculos nacen de la aplicación de categorías dogmáticas ideadas exclusivamente sobre la base de que el único posible sujeto activo del delito es la persona física, por lo que resulta difícil adaptarlas a otra realidad. En todo caso, y al margen de que los citados obstáculos puedan ser su-

perados con mejor o peor fundamento, una decisión político-criminal del legislador puede reconocer a las personas jurídicas responsabilidad penal, como ha ocurrido en muchos países y, con la LO 5/2010, de 22 de junio, también en España.

Aunque el debate continúa siendo sugestivo, esta ponencia se centra exclusivamente en la regulación vigente y, en concreto, en el sistema de penas. Antes de analizar el modelo de imputación seguido en el Código penal sí conviene precisar que la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal no pone fin a los problemas de imputación. Resta profundizar en las bases que fundamentan las sanciones penales a las personas jurídicas, del mismo modo en que lo ha venido haciendo para las personas físicas, si bien desde perspectivas notablemente diferentes, construyendo así un Derecho penal distinto, sin que deje de serlo.

Por otra parte, queda pendiente de regulación una serie de importantes cuestiones de naturaleza procesal que el Anteproyecto no aborda, dejando así abiertos numerosos interrogantes, como los relativos a:

- Las normas de competencia
- La posición de la persona jurídica en el proceso penal que, como parte pasiva, debe estar representada legalmente, con iguales derechos y deberes que los imputados individuales
- La forma de asegurar su presencia en el proceso
- El papel de su representante legal y a los conflictos de intereses que puede generar el que este sea también la persona física que genera la responsabilidad de la persona jurídica
- Las medidas cautelares más adecuadas para evitar la eventual destrucción de material probatorio
- Todas sus garantías procesales

Por eso, algunos autores, entre ellos QUINTERO OLIVARES, han planteado que tal vez la vía de una ley penal especial hubiera facilitado una mejor concreción de estos elementos de carácter procesal, así como de los fundamentadores de la responsabilidad penal y de los diversos problemas que pueden plantearse en relación con el comportamiento de las personas físicas. Por lo que se refiere a la concreta regulación procesal, el Decreto italiano de 8 de junio de 2001, sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, podría ser un modelo a exportar, dada la exhaustiva regulación que contiene sobre el procedimiento de investigación, sujetos, jurisdicción, competencia, prueba, medidas cautelares y celebración del juicio.

2. Modelo de imputación

Artículo 31 bis, apartados 1, 2 y 3:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.»

Las personas jurídicas necesitan de personas físicas para actuar. Esta evidencia produce una escisión entre quienes actúan y quienes se responsabilizan del hecho, que determina que en toda actuación de una persona jurídica existan unos sujetos que actúan (directivos, órganos, representantes) y otro sujeto que asume la responsabilidad de tal actuación: la propia persona jurídica. La cuestión es determinar sobre qué bases se hace responder a la persona jurídica, ante lo que, en principio, existen dos formas de atribución de responsabilidad:

- 1) Bien se construye un sistema de imputación propio para la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, autoría, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc.: responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

- 2) Bien, por el contrario, se atribuye una responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad indirecta, derivada o vicaria.

En el primer modelo, tendrá que establecerse la existencia de un dolo o culpa de la propia persona jurídica. En el segundo modelo, el de la responsabilidad indirecta de la persona jurídica, la dificultad reside en determinar quién puede comprometerla con su actuación.

La Ley 5/2010 opta por un modelo mixto de la teoría de la representación y de la culpabilidad de la empresa. Adopta la teoría de la representación en el párrafo primero del apartado 1.º del artículo 31 bis, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas que tengan en ella un poder de dirección fundado en la atribución de representación o en la autoridad para tomar decisiones. Este criterio de imputación no plantea especiales problemas. Es la conocida fórmula de la actuación en nombre de otro en los delitos especiales propios.

En el párrafo segundo del mismo apartado, el legislador completa el doble sistema de imputación responsabilizando a las personas jurídicas por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Se consagra así una responsabilidad autónoma de la persona jurídica como consecuencia de su deficiente organización, acogiendo la conocida tesis mantenida por TIEDEMANN de la culpabilidad de la empresa, en tanto que a la persona jurídica, como destinataria de las normas de conducta, se le puede exigir que se organice estableciendo las medidas de vigilancia y control oportunas, para evitar que sus miembros cometan delitos. En realidad se castiga a las personas jurídicas por un delito de comisión por omisión, en que se sitúa a los responsables de la persona jurídica en posición de garante. Esta cuestión genera toda una problemática sobre los sistemas de control, los *Corporate Crime Prevention* que están adquiriendo un gran peso en las organizaciones, pues tales sistemas de control podrán impedir el nacimiento de la responsabilidad penal de la empresa u operar como una atenuante. Pero se trata de una problemática más propia de las empresas en las que se pueden cometer delitos que de las organizaciones criminales, por lo que no me voy a referir a ello.

Queda claro que el sistema adoptado no establece una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, sino que exige necesariamente la previa comisión de un delito por una persona física. A partir de esa premisa, la responsabilidad de las personas jurídicas es acumulativa a la de las personas físicas, al establecer el apartado 2 del precepto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas ni viceversa, previsión que resulta sin duda acertada, al eliminar lagunas punitivas, evitando además, como apunta QUINTERO OLIVARES, «la tentación de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica en la convicción de que es mejor que sufra ésta, y no las personas físicas, las consecuencias penales». Por lo demás, la solución concuerda con las previsiones de Derecho comunitario, que no atribuyen la responsabilidad a la persona jurídica como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas.

La incriminación a las personas jurídicas en la ley sigue un sistema de *numerus clausus*, supeditando la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el libro II del Código penal.

El precepto exige que la conducta del administrador o del empleado se haya realizado «en provecho» de la persona jurídica. ¿Se trata de un elemento subjetivo del injusto o de un elemento objetivo? A mi modo de ver, el provecho del art. 31 bis representa un beneficio para la persona jurídica que debe apreciarse objetivamente, máxime cuando no se describe la conducta concreta de la persona física. Ahora bien, en qué consiste ese provecho o beneficio es una cuestión más dudosa. Como el legislador no dice si se trata de un beneficio evaluable económicamente, o cabe un beneficio estratégico, intangible, reputacional..., no es fácil de interpretar, algo sobre lo que ya advirtió el CGPJ en su informe al Anteproyecto. A mi modo de ver, provecho es interés o beneficio, no necesariamente económico, lo que permite sortear las dudas respecto a objetos sociales de entes colectivos que persigan intereses no estrictamente económicos.

Ahora bien, aun cuando admitamos un concepto amplio de provecho, llama la atención que algunas de las conductas cuya comisión está prevista para las personas jurídicas difícilmente podrán ser atribuidas a estas, porque no cabe pensar que se realicen precisamente «en provecho» de la persona jurídica. Pensemos en la descarga y tráfico de material pornográfico infantil por el empleado de una compañía (art. 189 CP). Aun cuando sea la falta de control de esta la que permita que se cometa el delito, nunca podrá considerarse que beneficia o aprovecha o interesa a la sociedad. Sería un delito cometido *en* la empresa pero no un delito *de* empresa. Por el contrario, otras conductas propias del crimen organizado, como el secuestro o el asesinato, no se contem-

plan, sin duda por razones de política criminal de prevención general. Pero si el administrador de una empresa encarga a un sicario la eliminación de un directivo de la competencia, no se encuentran motivos por las que no debería castigarse a la sociedad de un acto cometido por su cuenta y en su provecho.

Subyace en este tema, como en otros, una cierta confusión del legislador sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, toda vez que la responsabilidad de la persona jurídica ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Se llega a situaciones un tanto absurdas: se prevé la responsabilidad de la persona jurídica para delitos contra los trabajadores extranjeros, pero no para los delitos contra los trabajadores, en lo que parece un claro olvido. Tal vez la solución pase por cambiar el régimen de *numerus clausus* por el de *numerus apertus*, como plantean algunos autores.

3. Sistema de penas

La Ley 5/2010 establece, en el apartado 7 del artículo 33, un nuevo sistema punitivo especialmente aplicable a las personas jurídicas, tomando como punto de partida el catálogo de consecuencias accesorias del vigente artículo 129, que, como ya se ha dicho, amplía considerablemente:

Artículo 33:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

Con este completo repertorio punitivo, la ley aborda decididamente la penalidad de la persona jurídica. La incapacidad para sufrir penas representa el último de los escollos que los partidarios del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben sortear, mediante la refutación de los diversos argumentos que la dogmática clásica ha ido aportando. La primera y más tradicional objeción formulada, que la persona jurídica no puede ser sometida a penas privativas de libertad, resulta bastante endeble ante la evidente posibilidad de imposición de otras muchas sanciones penales, señaladamente la de multa y las privativas de derechos. Más solidez presenta el razonamiento de que la sanción a la persona jurídica va contra el principio de personalidad de las penas, al castigar indiscriminadamente a sus miembros, aunque este argumento también ha sido impugnado: tales individuos deben participar tanto en lo beneficioso como en lo que les sea adverso de la vida social. En realidad, la moderna dogmática apunta que el principio de personalidad de las penas carece de autonomía conceptual pues, más que de un principio en sí mismo, se trata de una consecuencia del principio de culpabilidad, que impide que alguien sufra las consecuencias de la culpabilidad de otro por lo que, «en la medida en la que el principio de culpabilidad puede ser redefinido para alcanzar también a las personas jurídicas, este principio debería también ser redefinido».

La doctrina tradicional plantea igualmente si las sanciones penales a las personas jurídicas cumplen los fines propios de la pena. Entiendo

que las penas a las personas jurídicas sí tienen efectos preventivos, tanto de prevención general, pues una vez penada la persona jurídica, las demás se plantearán si vale la pena correr el riesgo de una sanción de esa naturaleza, como de prevención especial, pues la persona jurídica que ha sufrido la sanción, tendrá a partir de entonces más cuidado de no vulnerar de nuevo la norma penal.

Finalmente, el escollo de que las finalidades reeducativa y de reinserción social de la pena no se cumplen para las personas jurídicas es sorteado por algunos autores invocando la prevención general positiva, según la cual la función de la pena no puede limitarse a un reproche a un sujeto individual o a resocializar a un sujeto, «sino a satisfacer la vigencia de una norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad». En todo caso, no debe olvidarse que la finalidad reeducativa y resocializadora se predica en el artículo 25 de la Constitución exclusivamente respecto de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad.

El artículo 33 toma como base el catálogo de consecuencias accesorias del anterior artículo 129 CP.

De este precepto mantiene:

- CLAUSURA DE LOS LOCALES O ESTABLECIMIENTOS de la empresa, ahora con mejor técnica legislativa pues el artículo 129 se refería también a la clausura de «la empresa». Sin embargo, en la parte especial del Código, para referirse a esta pena, se habla de «cierre» y no de clausura o de «industria», «fábrica», «laboratorio», «dependencias abiertas al público»,
- DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. El precepto añade que «La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.» Esta pena es la más grave prevista para la persona jurídica y, como siempre se ha dicho, equivale a la pena de muerte de la persona física.
- SUSPENSIÓN DE SUS ACTIVIDADES, por un plazo que no podrá exceder de cinco años
- PROHIBICIÓN DE REALIZAR EN EL FUTURO LAS ACTIVIDADES EN CUYO EJERCICIO SE HAYA COMETIDO, FAVORECIDO O ENCUBIERTO EL DELITO. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. Se amplía así el plazo hasta ahora previsto de cinco años.
- INTERVENCIÓN JUDICIAL para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

Se añaden dos nuevas penas:

- INHABILITACIÓN PARA OBTENER SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS, PARA CONTRATAR CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PARA GOZAR DE BENEFICIOS E INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- MULTA POR CUOTAS O PROPORCIONAL.

El catálogo de penas previsto en el apartado 7 del art. 33 puede considerarse correcto en términos generales, pues recoge la mayoría de las sanciones que la doctrina y el Derecho comparado han considerado especialmente idóneas para su aplicación a las personas jurídicas. La incorporación de las nuevas sanciones completa el pobre catálogo que establecía el art. 129 y que había sido criticado por la mayoría de la doctrina, que advertía de la gravedad de todas las sanciones previstas, extraordinariamente dañinas para la sociedad, cuya continuidad comprometía seriamente, y del perjuicio para terceros. A excepción de la multa y la prohibición de obtener subvenciones o beneficios fiscales y, tal vez de la intervención de la empresa, se trata de penas que inciden significativamente en la estructura organizativa de la sociedad y pueden llegar a comportar su desaparición.

Ahora bien, no se entiende por qué estas penas han de ser siempre graves, y no menos graves o graves dependiendo de su duración, como sucede con las otras penas, algo que debería haber sido explicado en la Exposición de Motivos. Especialmente absurdo es el caso de la multa proporcional, que nunca es grave cuando se impone a las personas físicas (art. 33.3.j) y que lo será siempre para las personas jurídicas, pese a tener la misma duración y contenido

La Ley dedica a la pena de multa una especial atención y se configura como la pena tipo para las personas jurídicas, reservando el resto para los casos más graves.

En los apartados 3 y 4 del artículo 50, se dice:

«3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.»

En el apartado 4 del artículo 52, se regula la cuantificación de la multa, disponiendo que:

Se añade un apartado 4 al artículo 52 con la siguiente redacción:

«4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

La multa es la sanción más ampliamente prevista para las personas jurídicas en Derecho comparado. Ciertamente no resuelve todos los problemas, pero sí constituye una alternativa válida a otras sanciones más graves como la disolución o la clausura de locales. Se ha criticado por parte de la doctrina que la multa carece de eficacia preventiva y puede llegar a ser considerada por la empresa como un coste productivo más, a repercutir en el precio de venta. Para evitarlo, debe buscarse un equilibrio en la imposición de la multa, de manera que su importe no sea irrisorio, pero tampoco tan elevado que genere problemas a la empresa, esto es, finalmente, a sus trabajadores.

Haciéndose eco de esta problemática, el precepto acoge como criterios para su cuantificación el de la proporción al daño, el valor del objeto del delito y el beneficio reportado por el mismo. Poco afortunada resulta la redacción prevista para los casos en que tales criterios no permiten el cálculo de la multa, pues vuelve a introducir el criterio de la gravedad del hecho de manera redundante, considerando de nuevo la actuación de la persona física que es la que ha determinado la sanción a la persona jurídica.

Otro aspecto criticable es el olvido como criterio para la graduación de la multa de la capacidad patrimonial de la persona jurídica.

Por lo que se refiere al pago de la multa, el apartado 5 al artículo 53 establece que:

«Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante el período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o la estabilidad de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuan-

do lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.»

La previsión del fraccionamiento de la multa debe valorarse positivamente, pues atiende a intereses de terceros ajenos a la comisión del delito o al «interés general», elemento normativo cultural o social, de siempre difícil interpretación. Ahora bien, la otra cara del precepto, la posibilidad de la intervención para conseguir el pago de la multa, quizá sea una medida excesivamente gravosa y estigmatizante y tal vez resultarían más adecuadas otras alternativas como el embargo y ejecución de los bienes o el bloqueo de las cuentas bancarias. No obstante, hay que tener en cuenta que la intervención se prevé para supuestos en que ya ha fracasado la vía de apremio y que la medida deberá en todo caso estar presidida por el principio de proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias, necesariamente excepcionales, del caso concreto. En todo caso, se trata de una medida adecuada para la empresa criminal y no tanto para los delitos cometidos por personas jurídicas «normales».

4. *Determinación de la pena*

La ley, tras la tramitación parlamentaria, introduce un nuevo artículo 66 bis que complementa el artículo 66 y corrige los defectos advertidos en el Proyecto, señaladamente un excesivo arbitrio judicial y la ausencia de circunstancias agravantes:

«En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.^a a 4.^a y 6.^a a 8.^a del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.^a En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 (*suspensión, clausura y prohibición de actividades*) se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la dura-

ción máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) (disolución) y e) (prohibición de actividades), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) (prohibición de actividades), y f) (inhabilitación para obtener subvenciones) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del primer número del artículo 66 (multirreincidencia)
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal».

La norma reserva las penas más graves para los supuestos de reincidencia y para las organizaciones criminales, aludidas en el último párrafo: «*Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*». Instrumentalidad que se interpreta por medio del criterio de la relevancia de la actividad ilegal de la empresa frente a la legal. Se está aludiendo a estructuras societarias relacionadas con el blanqueo de capitales, en las que muchas veces no será fácil determinar esta relevancia. En todo caso, se trata de un elemento normativo del tipo que deberá ser evaluado por el Juez.

5. *Circunstancias atenuantes*

Art. 31 bis. 4:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

Todas ellas son atenuantes por comportamientos posteriores al hecho delictivo. Pensadas para las personas jurídicas «normales» y de improbable aplicación para las estructuras criminales, especialmente la contemplada en el apartado d). Se refiere esta a los llamados programas de *compliance* o sistemas de control. Si estos sistemas se han establecido con anterioridad a la comisión del hecho delictivo la persona jurídica quedará exenta de pena si el acto lo realizó uno de sus empleados, pues ya no existirá un defecto de organización. No basta, claro está cualquier programa de control, sólo aquel adecuado al objeto de negocio de la empresa y de sus riesgos específicos. Con todo, se podía haber tipificado expresamente como una eximente.

Llama la atención el uso del adverbio «sólo» que parece claramente indicar que a las personas jurídicas no se le podrán aplicar las circunstancias atenuantes previstas para las personas físicas, siendo algunas perfectamente aplicables, como la nueva de dilaciones indebidas o la analógica. Algunos autores como ZUGALDÍA o RODRÍGUEZ RAMOS mantienen que aunque la norma diga «sólo» en realidad no se excluyen otras, lo cual yo no entiendo demasiado bien.

Las agravantes, que parece que no están, sí existen como hemos visto, pero en otro alarde de técnica legislativa, aparecen subrepticamente entre las normas de determinación de la pena, lo que se explica porque en el Proyecto no existían en absoluto.

6. Responsabilidad civil

A las previsiones sobre responsabilidad civil de la persona jurídica dedica el Anteproyecto el apartado 3 del artículo 116, disponiendo que:

«3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artícu-

lo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.»

Conforme a este precepto, la persona jurídica responderá civilmente de la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, exactamente igual que la persona física. La previsión de solidaridad con las personas físicas resulta acertada, aunque no es sino un corolario necesario del principio general de la solidaridad en la responsabilidad civil *ex delicto*. No obstante, es censurable el uso de la expresión «condenadas», que puede resultar equívoco, ya que hay supuestos de irresponsabilidad penal que no excluyen la responsabilidad civil, de conformidad con el art. 119 CP.

La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 120 del Código Penal quedará reservada a los supuestos no contemplados en el artículo 31 bis, esto es, a los actos del personal subordinado que han actuado pese al adecuado control de la persona jurídica y a los actos no realizados «en provecho» de la persona jurídica.

7. Extinción de la responsabilidad penal

El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

Con esta previsión se persigue evitar que la responsabilidad de la persona jurídica pueda ser eludida mediante operaciones diseñadas por las personas físicas que la controlan. No obstante, se advierte que en el párrafo primero del n.º 2 se incluyen la transformación, fusión, absorción y escisión de la persona jurídica, pero no la disolución, con el perturbador efecto de que la mera disolución de la persona jurídica, que

no conlleve una ulterior transformación, fusión, absorción o escisión, sí constituirá causa de extinción de la responsabilidad penal de la entidad, fuera de los supuestos del párrafo segundo de disolución encubierta o aparente.

También podría generar problemas la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica penalmente responsable en la que participen otras personas físicas o jurídicas con la cualidad de terceros de buena fe, que se verían obligados a soportar las consecuencias de la condena penal sobre la persona jurídica de la que han pasado a formar parte, cuestión sobre la que alerta el informe del Consejo Fiscal.

III. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal en la ley 5/2010 de reforma del Código penal

El legislador de 1995, consciente del debate doctrinal que suscita el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de su realidad criminológica, optó por asumir una postura intermedia entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la impunidad del ente colectivo, materializando esta tercera vía con la introducción en el artículo 129 del Código penal de una serie de medidas a las que denominó, eludiendo el término de penas, «consecuencias accesorias», expresión sin precedentes en anteriores códigos penales y que se ha prestado a diversas interpretaciones sobre su naturaleza y presupuestos de aplicación. Respecto a la primera cuestión se ha mantenido desde su naturaleza de medidas administrativas, hasta el de verdaderas penas, pasando por el de medidas de seguridad, siendo la opinión mayoritaria la de que se trata de una tercera vía sancionadora pues el Código penal deja claro que no son ni penas ni medidas de seguridad. Sobre si son accesorias al delito o a la pena, esto es, si resulta imprescindible para su imposición la previa condena de la persona física, también existían profundas discrepancias doctrinales.

La nueva redacción del artículo 129 supera estos obstáculos y clarifica las condiciones para la aplicación de las consecuencias accesorias:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que

corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

El Anteproyecto presentado a las Cortes en 2008 establecía un doble procedimiento sancionador a las personas jurídicas: bien como penas, si procediera la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129. En este segundo caso, se sustituía el régimen de *numerus clausus*, por un sistema aplicable a «asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas», fuera cual fuese el delito cometido, sin necesidad de previsión expresa en la Parte especial, lo que ampliaba notablemente las posibilidades de aplicación de estas consecuencias accesorias, corrigiendo así uno de los reproches que la generalidad de la doctrina hace a la vigente regulación. No obstante, también es cierto que la ampliación generaba un doble tratamiento desconocido en la doctrina y en Derecho comparado y que, como se dice en el informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, «supone una ampliación arbitraria de la fuente de responsabilidad mediante un simple fraude de etiquetas: penas en unos casos y las mismas penas, pero denominándolas medidas, en otros». Por eso, resulta plausible que, tras la tramitación parlamentaria, la ley haya finalmente sometido las medidas del artículo 129 al mismo sistema de *numerus clausus* que las penas, corrigiendo una contradicción perturbadora.

1. El artículo 129 prescinde de la enumeración de las consecuencias accesorias, que sustituye por una remisión al catálogo de penas previstas para las personas jurídicas en el artículo 33.7, como ya hemos visto.
2. La ley reserva las consecuencias accesorias para aquellas entidades u organizaciones carentes de personalidad jurídica y a las que no les alcanza la responsabilidad penal. Esta distinción entre personas jurídicas y entes colectivos se puede decir que está ya

históricamente superada y no se ajusta a la realidad de la vida de los negocios, legales o ilegales. Lo relevante para establecer criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica. Es el criterio de unidad económica, que se sigue en materia tributaria para determinar los grupos de empresas

3. Además de los supuestos expresamente previstos en el Código, las consecuencias accesorias podrán ser impuestas en aquellas infracciones que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, los supuestos en los que, pese a estar contemplada en el tipo penal la responsabilidad penal de la persona jurídica, no concurren en el caso concreto los requisitos exigidos en el artículo 31 bis del Código penal.
4. El precepto solo exige que el delito o falta objeto de la condena haya sido cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de» la correspondiente entidad sin personalidad jurídica. Nótese que la ley no exige que el delito haya sido cometido por cuenta y en beneficio de una organización, puesto que tal requisito es tenido en cuenta para fundamentar la imposición de una pena a la persona jurídica.
5. A diferencia de la responsabilidad de la persona jurídica, aquí no basta con un hecho de conexión, sino que se exige que exista un autor responsable del hecho al que se le haya impuesto una condena, pues el párrafo 1 del art. 129 deja meridianamente claro que las consecuencias accesorias lo son «a la pena». Una grave dificultad para sancionar a estos entes colectivos, donde generalmente, más que en las personas jurídicas, se refugia la criminalidad organizada.
6. Importante novedad respecto de la regulación anterior es la eliminación de la referencia a la orientación preventiva de estas medidas. Con esta supresión, no puede mantenerse la necesidad de que los delitos cometidos por las personas físicas que dan lugar a la adopción de las consecuencias accesorias deban necesariamente guardar relación con la actividad de la misma, pues ya no resulta preciso justificar la finalidad de prevención en «la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma» que predicaba la redacción anterior del art. 129.

Con la eliminación de la orientación preventiva de las consecuencias accesorias se quiebra el doble fundamento sancionatorio de las personas jurídicas: el injusto de la organización como fundamento de la pena a las personas jurídicas y la peligrosidad objetiva para la aplicación de las consecuencias accesorias, de tal

modo que las consecuencias accesorias se alejan de las medidas de seguridad para adquirir la naturaleza de verdaderas penas, siendo exclusivamente la ausencia de personalidad jurídica lo que permita distinguirlas de las penas previstas para las personas jurídicas.

7. Al tratarse de sanciones penales, y para salvar el principio acusatorio, han de ser solicitadas por alguna de las partes procesales, salvo la clausura temporal y la suspensión que, en tanto se adopten como medidas cautelares, pueden acordarse de oficio por el instructor.
8. El precepto ya no exige la audiencia de los titulares de las empresas y del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta audiencia entiendo se mantiene en los casos en que se impongan la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial como medidas cautelares del n.º 3 del precepto. En todo caso, debe permitirse la personación de la persona jurídica, a través de sus representantes legales, para poder ejercitar su derecho de defensa en el procedimiento.
9. La imposición de estas sanciones ha de consignarse en sentencia. Cuando se acuerden como medidas cautelares, su adopción revestirá forma de auto. En uno como en otro caso, la resolución ha de ser motivada, como expresa y superflamente exigía la redacción anterior del anterior art. 129.1 CP.
10. La imposición de las medidas ha de ser escrupulosamente respetuosa del principio de proporcionalidad. Este juicio de proporcionalidad ha de atender a la gravedad de los delitos y no tanto a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, desaparecida la referencia a la orientación preventiva de estas medidas en la reforma.

Mención especial merece la pena/consecuencia accesoria/ medida cautelar de la intervención judicial. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, la «intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores» era una de las consecuencias accesorias enumeradas en el número 1 del artículo 129 del Código penal. El artículo 129 permitía constituir la administración de la empresa, pero siempre que fuera acordada en sentencia, de conformidad con lo dispuesto en su número 3, que especificaba que las consecuencias accesorias «estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Quedaba así vedada la posibilidad de

acordar la administración judicial de la empresa como medida cautelar, precisamente el fin que le es más propio, y que el citado artículo 129 sí admitía para la clausura temporal de la empresa y la suspensión de sus actividades, siendo así que la intervención se ajusta aun mejor que estas a su adopción temporal, pues aquella carece de los efectos dañosos y, con frecuencia, irreversibles que producen la clausura temporal y la suspensión de actividades.

La intervención judicial, bajo la nueva regulación, se instituye como una verdadera pena aplicable a la persona jurídica y como una consecuencia accesoria aplicable a aquellas entidades u organizaciones carentes de personalidad jurídica y a las que no les alcanza la responsabilidad penal, conforme dispone el modificado artículo 129 que, en su número 3, establece ahora que la consecuencia accesoria de intervención judicial podrá ser acordada también por el juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa. La reforma no se limita a reconocer con acierto esta posibilidad sino que, ya en el artículo 33.7 g) del Código penal aborda una básica regulación de la intervención judicial, de tal manera que:

- La intervención judicial tiene como finalidad salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años. Tal vez hubiera sido oportuno incluir entre los derechos merecedores de protección, los de los accionistas, clientes y proveedores de la empresa, aunque los dos últimos pueden considerarse incluidos en la medida en que sean acreedores y, de no reunir esa condición, no parece que sus derechos merezcan una atención específica.
- La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.
- El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial.
- La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.
- El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

La intervención de la empresa se configura en el Código penal como una sanción de diferente índole a las contenidas en las otras le-

tras del 129.1 pues su finalidad es específicamente garantista lo que, si no excluye, sí es al menos claramente prevalente sobre lo dispuesto en el art. 129.3 CP respecto de los presupuestos y fundamento del resto de consecuencias accesorias. Se trata, por otra parte, de una consecuencia en cierto modo sustitutiva de las restantes del artículo 129, cuando estén en riesgo los derechos de trabajadores y acreedores. Como las medidas del 129 a, b y c, pueden resultar lesivas para terceros no implicados en la comisión del delito, cabe interpretar que la intervención es alternativa de las anteriores. Esto es, cuando de la adopción de alguna de las tres primeras se deriven daños a intereses crediticios o laborales, se adoptará la intervención. No obstante, esta interpretación choca con la propia estructura del precepto, que no establece una relación de subsidiariedad entre las medidas, que se formulan en pie de igualdad, a excepción de la previsión del artículo 53.5 que permite acordar la intervención si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, hasta el pago total de la misma.

Por lo que se refiere a la finalidad de la medida, debe tenerse en cuenta que, respecto a las organizaciones empresariales criminales, la administración judicial no se orientará a la continuidad de la actividad y lo procedente será, por el contrario, que se acuerde su cese inmediato, orientándose en estos casos la administración a la liquidación de los activos patrimoniales de la empresa, como puente para su última disolución, finalidad bien distinta de la propia de una administración judicial. Esto es lo que ha sucedido con diversas mercantiles ligadas a ETA o con Forum Filatélico, S.A. y Afinsa Bienes Tangibles, S.A., cuyo cese de actividad había sido previamente acordado por el Juez.

De cualquier manera, la intervención de la empresa podría acordarse como medida cautelar, sin las limitaciones del artículo 129 CP, por la vía del artículo 13 LECr, con el propósito de evitar la desaparición de las pruebas del delito «y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas», fórmula empleada en este precepto y que comprende a los trabajadores y acreedores, cuya protección específica ordena el artículo 33.7 g) CP.

En espera de ese Reglamento al que el artículo 33.7 g) del Código penal remite la determinación de «los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria», la regulación de la administración judicial se halla en la LEC una vez suprimidos por la Ley 13/2009 los arcaicos e insuficientes preceptos que le dedicaba la LECr en sus arts. 601 y ss., habida cuenta la supletoriedad de la Ley procesal civil en el procedimiento penal pro-

clamada en el artículo 4 y cuya aplicación expresa previenen además los artículos 614 y 764. 1 y 2 de la LECr.

En la actualidad, la LEC contempla la administración judicial como una medida cautelar específica y la regula en los artículos 630 y ss.

Una cuestión problemática es la de la persona que puede ser designado administrador judicial. Respecto a la capacidad para ser nombrado administrador judicial, ninguna previsión se establece en nuestras leyes de enjuiciamiento, una vez derogado el Decreto-ley 18/1969, cuyo artículo 6 sí exigía que el nombramiento de los administradores o interventores recayera en «personas que reúnan acreditada idoneidad en actividades empresariales». Contrasta este silencio con el rigor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Concursal que impone titulaciones y antigüedad en el ejercicio de las profesiones de abogado y auditor de cuentas, economista o titulado mercantil.

Ante la ausencia de regulación legal, quedará al prudente criterio del juez el designar a una persona que reúna los conocimientos y experiencia en la administración de empresas y, al tiempo, no ofrezca dudas acerca de su recta gestión, descartando en principio para el cargo a personas que hayan sido removidas o sancionadas por su actuación en anteriores administraciones o por cuestiones relacionadas con la administración de bienes, o que adeuden importantes sumas de dinero, del mismo modo que debe rechazarse a aquellas personas con antecedentes penales pues, en definitiva, se trata de un auxiliar del juez, que debe distinguirse por su integridad.

En los últimos tiempos, la idoneidad de los funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) para ser designados administradores judiciales es objeto de cierta controversia, producida tanto por las reticencias a prescindir de sus funcionarios por parte de los responsables de una Agencia Tributaria saturada de trabajo, como por las dudas que suscita la capacidad de dichos funcionarios para desempeñar actividades empresariales, todo lo cual no ha impedido que, durante los últimos años, el nombramiento en varios procedimientos de gran trascendencia haya recaído en inspectores de Hacienda.

En principio, el perfil del administrador judicial, si bien no coincide con el del funcionario que presta sus servicios en la AEAT, ciertamente se aproxima a la figura del administrador concursal y es frecuente que el nombramiento del funcionario público licenciado en áreas económicas o jurídicas que, en la posición del acreedor, forme parte de la administración concursal (artículo 27.4 LC) recaiga en un funcionario de la AEAT.

Sin embargo, el Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria en dictamen 509/00, de 22 de septiembre, mantiene que las funciones de ad-

ministrador judicial no se encuentran entre las previstas para su realización por la Inspección de Tributos, al entender que la colaboración con los tribunales no puede considerarse como un deber absoluto sino como un deber u obligación de configuración legal y que, por tanto, el apoyo que puede requerirse a la AEAT debe referirse siempre a actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias, lo que no sucede en el caso de la administración judicial. En todo caso, veremos qué sucede en el futuro con la generalización de esta medida como pena, como consecuencia accesoria y como medida cautelar, pues será necesario poner a disposición de la Administración de Justicia un conjunto de medios, tanto personales como materiales, especializados en la gestión de empresas, de los que en la actualidad se carece, dificultad de encontrar personas adecuadas para desempeñar el cargo que ha provocado que, en los ordenamientos que prevén la medida de intervención judicial, como es el caso de Francia, se haya aplicado en muy contadas ocasiones.

Bibliografía

- BACIGALUPO SAGESSE, S. «La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código Penal de 2006», *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, 115, CGPJ, 2007.
- BACIGALUPO SAGESSE, S. «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno» (arts. 31 bis y 129 CP) (1), diario *La Ley*, n.º 7541, 5-1-2011.
- DÍAZ PITA, M.^aP. «Aspectos procesales de los arts. 31 y 129 del Código Penal: ¿societas delinquere non potest?», *Derecho y Proceso Penal*, RDP, n.º 20, Aranzadi, 2008.
- GARCÍA ARÁN, M. «Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007», *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, 115, CGPJ, 2007.
- GÓMEZ JARA, C. *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GRACIA MARTÍN, L. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 2.^a edición.
- GUARDIOLA LAGO, M.^aJ. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Colección los delitos, 56, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR, N. y JUANES PECES, A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», diario *La Ley*, n.º 7501, 3-11-2010.

- LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- LUZÓN CÁNOVAS, A. «De las consecuencias accesorias del artículo 129 a la plena responsabilidad de las personas jurídicas en la futura reforma del Código Penal», *Novedades legislativas en el orden penal*, volumen 46/2009, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ.
- MORÓN LERMA, E. «La responsabilidad de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en *Las Sanciones Penales en Europa*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, n.º 21, (coord. Tamarit Sumalla), Thomson Reuters, 2009.
- QUINTERO OLIVARES. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas, Responsabilidad Penal de las personas jurídicas». *Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, 115, CGPJ, 2007.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?» en diario *La Ley*, n.º 7561, 3-2-2011.
- TAMARIT SUMALLA, «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir* (coordinador, Díaz Ripollés), Madrid, 2002.
- TIEDEMANN, K. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado», en *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), Publications Universitat Jaume I, Castellón, 1997.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consecuencias teóricas y consecuencias prácticas)*, *Poder Judicial*, 46, 1997, en *Publicaciones del CGPJ*, edición digital 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas», *Derecho y Proceso Penal*, RDP, n.º 3, Aranzadi, 2000.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación», *Estudios de Derecho Judicial*, 115, CGPJ, 2007.

Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas

Ramón Sáez Valcárcel
Magistrado de la Audiencia Nacional

El fenómeno de la mediación penal en España ha desbordado toda previsión. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2009 ciento setenta órganos judiciales del orden penal habían intervenido o experimentado con procesos de mediación penal. Esa expansión del interés por la mediación, en buena medida, expresa el malestar de quienes operan en el sistema de justicia penal con el funcionamiento del proceso, así como la necesidad que sienten de explorar alternativas para atender a los fines de protección y tutela de las víctimas de los delitos, asumidos pero siempre postergados. Sin embargo, la expansión de la mediación no se ha visto acompañada de la oportuna regulación legal, imprescindible para pautar experiencias y prácticas cotidianas —que comprometen derechos y libertades, además de garantías básicas del proceso debido—, ni del interés de procesalistas, penalistas u otros investigadores de los saberes jurídico sociales por analizar ese acontecimiento.

La mediación habla el lenguaje de una justicia que trata de restaurar la dignidad personal de quienes son los protagonistas del conflicto que calificamos como delito, la víctima y el infractor, tantas veces reducidos a meros objetos. Y de esa manera esbozar una justicia que se alimente de los valores del diálogo y de la paz. Una justicia de las víctimas, que ha aprehendido que las víctimas son portadoras de una experiencia y de una verdad única; pero también una justicia al servicio de la rehabilitación o reintegración de los victimarios. La mediación intenta convertirse, de esa manera, en un medio de intervención que integre los dos ejes del conflicto, que son a su vez los dos sujetos privados del proceso. Una justicia que opera en el espacio público, que pretende dotar de eficacia y efectividad al derecho a la tutela efectiva con todas las garantías, y que, por lo tanto y frente a sus críticos, se erige en una alternativa a las alternativas de privatización de la jurisdicción. Es por

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 71-125

ello que trata de dar satisfacción a los fines declarados del proceso penal, a la atención y protección de la víctima, a su completa reparación, no solo material sino esencialmente simbólica y emocional, a la recuperación de su sentimiento de seguridad. Una justicia que reconoce el sufrimiento y el dolor, consciente de que la violencia se expresa en el delito, en un primer momento, pero también en el funcionamiento de las agencias policiales y de persecución penal del estado. Porque el dolor, que representa tanto la pena como la estigmatización de la instrucción y del enjuiciamiento, se aplica no solo al sospechoso y al infractor, también a la víctima; son esas prácticas que denominamos victimización secundaria bajo una etiqueta que pretende eximir a los juristas de responsabilidad. Una justicia que explora el dolor como fuente de conocimiento pero sin magnificarlo, con la madurez suficiente para intuir que la experiencia del sufrimiento puede volvernos ciegos, sordos y mudos, como señala el filósofo del derecho Antonio Madrid¹. Una justicia respetuosa de las garantías de los derechos y de las libertades, pero que intenta humanizarse, atendiendo prioritariamente a las necesidades y a los requerimientos de los individuos y de las personas que comparecen bajo cualquier categoría o estatuto en el proceso, en la creencia compartida de que sus intereses y su dignidad son el fundamento mismo del proceso judicial. En definitiva, una justicia humana.

La expansión del fenómeno nos obliga a reflexionar sobre muchas de las cuestiones que plantea la puesta en marcha de la mediación penal, en el horizonte de la llamada justicia restaurativa. En este trabajo vamos a aproximarnos al fenómeno a partir de dos grandes temas. Por un lado, sobre la posibilidad de aplicación de la mediación y de los encuentros dialogados para incidir en los delitos más graves, incluidos los cometidos con fines terroristas. Por otro, la emergencia de las víctimas, un acontecimiento de nuestra época, contradictorio y revelador; reparando en la ausencia de contornos claros de la figura, algo importante, en la pluralidad de rasgos y manifestaciones del hecho victimista y de su retórica en una sociedad en crisis, para intentar reflexionar sobre cuál debería ser el espacio de la víctima y de los movimientos de víctimas en el contexto de la justicia restaurativa.

I. Mediación y delitos más graves

Uno de los temas que se ha venido planteado de manera recurrente a lo largo de estos años de experiencias en mediación era qué tipo de

¹ *La política y la justicia del sufrimiento*, Antonio MADRID, Trotta 2010.

conductas podían ser abarcadas por la nueva metodología, qué conflictos estaban en su imaginario, qué delitos podrían ser sometidos a la lógica y a los métodos de la mediación. Las respuestas han sido de dos tipos: la mediación solo debe enfrentarse a los delitos e infracciones menos graves o no hay límites. Quienes así se manifestaban argüían que si la mediación era un instrumento al servicio de ciertos objetivos del proceso penal², esencialmente atender y proteger a las víctimas y motivar la posibilidad de reinserción del autor del delito, mediante el diálogo entre los protagonistas del conflicto, claro que podría resultar un medio idóneo y adecuado para el abordaje de los delitos graves, incluso de los más graves.

1. *Delitos graves*

Nos enfrentamos a una cuestión importante, toda vez que viene a demostrar la resistencia del modelo ideal de mediación cuando se le hace intervenir en los conflictos delictivos. Si entendemos la mediación como el proceso para la búsqueda de un acuerdo entre el agresor y la víctima acerca de la reparación voluntaria del daño causado, mediante el diálogo que facilita un tercero, hay varios elementos que aparecen como imprescindibles. Por un lado, el punto de vista que se elabora desde la perspectiva de la víctima, desde la preocupación por su suerte y su sufrimiento, un marco común a todos los métodos de actuación de la justicia restaurativa. El segundo elemento se refiere al método, el diálogo entre las partes, el encuentro y la confrontación, en un espacio horizontal, al que acceden libre y voluntariamente, donde se desenvuelven con la ayuda de un tercero, profesional mediador o facilitador de la comunicación. El tercer elemento señala en dirección al objeto de la mediación, la decisión o el acuerdo sobre la manera de reparar el daño, que es su contenido restaurador o terapéutico.

Ese esquema resulta de encaje problemático a los delitos graves. Mejor dicho a los delitos muy graves, a aquellos que afectan a la vida de las personas, porque han generado un daño inconmensurable, en la mayoría de los casos incluso irreparable. El asesinato y el homicidio, incluso en sus formas imperfectas de ejecución, provocan una profunda ruptura del tiempo lineal, conmueven a la víctima si es que sobrevive, o

² No puede olvidarse que el proceso también persigue fines relacionados con la necesidad de establecer la verdad de un hecho con respeto al método de la contradicción y de decidir sobre la culpabilidad del imputado asegurando la vigencia de sus derechos fundamentales, cuya tutela es su primer fundamento.

a sus allegados inmediatos, de tal manera que siempre habrá un antes y un después. Dejando al margen los crímenes horribles de derecho internacional —que se caracterizan por su carácter sistemático y masivo, son el prototipo de crímenes de estado—, en los delitos contra la vida de las personas nos enfrentamos a una realidad dramática en la medida que afecta a la esencia del ser humano. Y dejamos al margen los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio, delitos que conforman el objeto competencial de la Corte Penal Internacional, porque estos afectan a toda la humanidad, trascienden a las víctimas, resultan el arquetipo de lo inexpiable, de lo imperdonable, de aquello que en dicción de Hannah Arendt no puede juzgarse ni perdonarse. No en balde fue Jankélévitch, el gran tratadista del perdón, el que dijo que aquellos crímenes negaban la esencia del ser humano —como las acciones de los miserables que masacraban a los niños judíos y después aprovechaban sus zapatos—, razón por la que el perdón había muerto en los campos de la muerte³.

El objeto que nos convoca para comprobar la resistencia del modelo de intervención restaurativa ha de ser el crimen por excelencia, como decía Paul Ricoeur, el asesinato, algo que se nos hace inaceptable porque se presenta con el exceso propio de lo injustificable, la muerte no sufrida sino infligida al otro, «ese mal que el hombre hace al hombre», cuando más allá de la voluntad de hacer sufrir o eliminar al otro, se identifica en la acción la intención de humillar, de reducir al otro al desamparo del abandono, del desprecio de sí⁴. Y ocurre que España, que cuenta con una tasa muy baja de homicidios, si se compara con la media de la Unión Europea, sufre un terrorismo local todavía activo, aunque en fase terminal, treinta y dos años después de la Constitución que instauró un sistema democrático, por lo que parece difícil eludir el asesinato terrorista cuando reflexionamos sobre la viabilidad de la justicia restaurativa.

Los delitos terroristas, por los que muchas personas cumplen condenas de prisión, no solo se circunscriben a los crímenes contra la vida y la integridad de las personas, los más graves, también hay muchas otras ofensas que se han cometido con fines terroristas, desde estragos y daños a falsedades documentales, robos y hurtos, tenencia de armas y explosivos o los mismos delitos de pertenencia y de colaboración con organización terrorista. Pero, estos se suelen asociar en el lenguaje público, el que hablan los políticos y los periodistas, como «delitos sin

³ *L'imprescriptible. Pardonner?*, Editions du seuil 1996, p. 50.

⁴ Paul RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido* Trotta, 2003 (p. 603).

sangre». El crimen por excelencia, repito, al que debemos atrevernos a mirar, es el acto de matar a otro intencionadamente. Teniendo en cuenta la especificidad de la violencia de raíces políticas⁵.

2. *Condiciones previas. Justicia penal y tratamiento asimétrico*

Como se trata de un terreno difícil, es necesario matizar los términos de una posible intervención restaurativa. Una constatación de la singularidad del problema. Cualquier acercamiento a esa forma de violencia y a los grandes daños, personales e institucionales, que ha causado, requiere despejar cualquier confusión entre restauración y equidistancia; para ello, el espacio de los diálogos restaurativos en materia de criminalidad terrorista, como sugiere el profesor Julián Ríos, tendría que construirse después de haber actuado la justicia penal y la política.

Hay buenas razones que aconsejan en el ámbito de los delitos muy graves, incluso hacen inevitable, que los aparatos de persecución penal y los tribunales de enjuiciamiento hayan cumplido sus funciones. De tal manera, se convertirían en antecedentes necesarios la afirmación de que el hecho criminal tuvo lugar, su atribución a una persona en calidad de autor o de partícipe, la imposición de una pena, la determinación del daño causado por el delito y la identidad de la víctima. Al final es la justicia penal la que etiqueta a cada cual, señalando al criminal y a su víctima establece los dos polos de la relación. Paul Ricoeur nos enseña que el lugar del perdón, por lo tanto de la intervención restaurativa, debe hallarse más allá de la culpabilidad criminal y del trabajo de los jueces, que imputan el daño a la conducta del autor y le castigan por ello. Debe hacerse justicia, acepta Ricoeur y aquí sigue expresamente a Jankélévitch, que interrogaba a su sociedad airadamente si se podían perdonar los crímenes del nazismo, para no consagrar la impunidad de los culpables. Por lo tanto un primer reconocimiento: en el círculo de la culpabilidad y del castigo respecto a los crímenes más graves, la mediación restaurativa y el perdón tienen un papel, pero marginal o periférico, aunque importante desde la perspectiva de los sujetos implicados. La voz de la justicia, decía Ricoeur, establece las responsa-

⁵ Esta es una primera anotación al artículo de Julián Ríos y otros autores «Reflexiones sobre la viabilidad de métodos de justicia restaurativa en delitos graves», precisamente en relación a la violencia terrorista, pendiente de publicación, que ofrece un innovador planteamiento en ese sentido. Las citas serán a dicho texto.

bilidades y sitúa a cada protagonista en su lugar, agresor y víctima, en una relación de justa distancia⁶.

Cualquier aproximación a conflictos relacionados con la violencia política debe tener en cuenta esa premisa, que nos recuerda la diferente posición que ocupan el verdugo y la víctima. De ahí la importancia de que cada cuál esté en su lugar, a la distancia necesaria; tal podría ser el punto de partida, sin imprecisión o posible confusión. El culpable, la víctima y el mal. La denuncia de equidistancia o simetría es algo que debe asumirse e intentar despejar desde un primer momento, porque la mediación y el encuentro dialogado sugieren una relación entre iguales. La injusticia del pasado respecto a las víctimas del terrorismo es algo que no puede obviarse, precisamente porque vienen de un largo olvido público que tuvieron que soportar en soledad, olvido que constituyó una grave manifestación de menosprecio de las instituciones y de la sociedad hacia su sufrimiento, algo que no puede repetirse, como parte de la necesaria reparación del mal. También debe huirse de la misma idea del conflicto político, que se manejaba para describir la violencia terrorista y sus consecuencias humanas, porque en la medida que recreaba la imagen de dos bandos enfrentados, significaba otra forma de agravio, no intencionado en muchos casos, hacia las víctimas, que no habían sido dañadas porque militaran en un grupo. El colectivo de las víctimas de actos de violencia sistemática o reiterada se construye con posterioridad al crimen, no tiene realidad previa salvo en el proyecto del agresor. La víctima es inocente precisamente porque ha sufrido sin ninguna razón. Los terroristas seleccionan a algunas de sus víctimas a partir del criterio de cierta identidad negativa —funcionarios del estado, concejales— o del simple azar; así cualquiera puede ser víctima. De ahí el inquietante mensaje que dispersan.

Otra idea que se debe rechazar, porque se expresaba de manera equivocada, era la del reconocimiento de todas las víctimas de la violencia, pues ponía en un mismo plano la violencia del estado, la violencia legal, con la violencia terrorista, una forma de violencia privada no sometida a ningún límite ni control, incapaz de responder —en atención a los métodos y medios que selecciona— a criterios de legitimidad y de racionalidad. Las medidas cautelares que adoptan jueces y tribunales y las penas que imponen después de un juicio implican sufrimiento, por la privación de libertad y el encierro que conllevan, pero no puede medirse ni compararse con la violencia que imprime una organización que trata de aterrorizar a la sociedad para lograr sus fines. De ahí que

⁶ *La memoria, la historia, el olvido*, citada, p. 617.

la violencia del estado que es aplicada por los tribunales, con base en el respeto a las garantías de la libertad y a los derechos del proceso debido, se legitima precisamente por la asimetría frente a la violencia privada que enfrenta, una asimetría esencialmente identificable en los medios que cada cual selecciona para lograr sus fines. El terrorista no reconoce humanidad ni dignidad a su víctima a la que elimina y expulsa de la comunidad en tanto enemigo. Mientras, la justicia reintegra al terrorista como ciudadano —para la razón jurídica del estado de derecho no hay enemigos, solo inocentes o culpables— y le permite defenderse, proscribiendo como delictivo todo trato inhumano o vejatorio, como la tortura, y no previendo la pena de muerte en su arsenal punitivo. Es un proyecto de racionalidad jurídica al que se debe tender como modelo, a pesar de los efectos perniciosos que la emergencia ha provocado en la cultura judicial⁷.

Volviendo al discurso del conflicto y al olvido de las víctimas, resulta satisfactorio ética y políticamente escuchar alegatos como los de Antonio Duplá y Javier Villanueva, según dicen ellos mismos, situados en una tradición política activa para percibir y denunciar las violaciones de derechos humanos que causaban la violencia ilegal del estado, la tortura y los delitos cometidos por la extrema derecha o los aparatos parapoliciales, pero incapaz de recibir el dolor que provocaba ETA con sus crímenes, que asumen ahora como una mirada distorsionada por los prejuicios. «Durante demasiado tiempo no las hemos reconocido, no hemos apreciado su sufrimiento, no hemos sido conscientes de lo que significaban en la historia reciente de nuestro país. Incluso podríamos ir mas allá y afirmar que hemos hecho daño a las víctimas por nuestra omisión, por nuestro silencio»⁸. Son mensajes que construyen un terreno moral propicio a evolucionar en clave reconciliatoria.

En esa línea, el profesor de ética Bilbao Alberdi acierta a delimitar la necesidad de atender a los requerimientos de la justicia de las víctimas antes de proponer cualquier tipo de intervención⁹. La reconciliación, un concepto complejo por la polisemia que encierra como categoría moral y política, suele ser desechada por algunas víctimas del terrorismo. Hay que entender esa actitud, nos dice. Porque la reconciliación lleva implícita la amenaza de la simetría entre víctimas inocentes y verdugos, una lógica que solo permite aproximaciones injustas al problema de la vio-

⁷ FERROJOLI, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, en especial el capítulo 12 que problematiza el sistema penal de excepción, p. 807 y siguientes.

⁸ *Con las víctimas del terrorismo*, Gakoa 2009, p. 12.

⁹ *Por una reconciliación asimétrica. De la geometría del terror a la de su superación*. G. BILBAO ALBERDI, Bakeaz 2008.

lencia terrorista en el contexto de una sociedad democrática y de un estado de derecho. Es por ello que debemos admitir la injusticia de la asimetría practicada en el pasado entre violentos y víctimas, incluso entre las mismas víctimas del terrorismo, por ejemplo en detrimento de las víctimas que pertenecían a la policía o a las fuerzas armadas o de quienes sufrieron la violencia de la extrema derecha o del terrorismo de estado. Una asimetría que ponía en evidencia una doble moral.

Desde tal constatación, Bilbao propondrá fórmulas de reconciliación adaptadas a la geometría del terror, por ello habla de una reconciliación asimétrica. Sustentada en una visión antropológica optimista, la del reconocimiento del otro como semejante, que es el resorte que estimula la compasión. Siempre desde la constatación de la asimetría del conflicto, en coherencia con la existencia de víctimas inocentes, es decir que no han hecho nada que justifique la violencia de la que han sido objeto. El método ha de ser el de la reconciliación terapéutica y reparadora, siempre con el aprecio y el respeto debidos a la voluntad de la víctima y a sus propios tiempos de desarrollo y respuesta. La superación de la asimetría mediante la reconciliación sería el horizonte al que se debería tender, solo posible entre seres libres que se reconocen recíprocamente igual dignidad.

Es cierto que por su propia estructura de diálogo horizontal, la mediación ofrece la imagen de un lugar en el que dos partes confrontadas van cediendo hasta lograr un punto de acuerdo. Es el primer equívoco que debe solventarse. Ya lo advirtió Jankélévitch, la mediación reconcilia en una suerte de síntesis superior a los dos extremos, de tal manera que la persona herida debe hacer concesiones y admitir incluso el regateo de su derecho¹⁰. Por ello es necesario en los delitos más graves que la justicia penal, que desarrolla el discurso de la retribución y de la expiación, haya establecido la verdad e impuesto la pena.

Esta es una condición previa para abordar cualquier propuesta de intervención desde la perspectiva de la justicia restaurativa y de la mediación, pero también de la deseable pacificación social y reconciliación, o de la misma resolución del problema de la violencia terrorista. En el derecho internacional encontramos pautas análogas: los grandes crímenes no pueden ser objeto de prescripción o de amnistía antes de haber sido investigados, juzgados y condenados.

La práctica política debe ser capaz de aprender de ese discurso moral de la justicia de las víctimas y trasladar toda su potencia subversiva a otros espacios concomitantes de la realidad. Y ello porque no podemos

¹⁰ Vladimir JANKÉLEVITCH, *Le pardon*, Éditions Montaigne 1967, p. 45.

resistirnos a aceptar que el sistema utilice la mirada de la víctima para deshumanizar aún más los conflictos. La politóloga Adriana Cavarero ha propuesto a la víctima inerte como un nuevo paradigma desde el que reflexionar sobre la violencia, dejando al desnudo uno de los juegos de hipocresía a los que responde el discurso oficial en las sociedades del norte, tan insensibles a reconocer su pasado inmediato de potencias coloniales como imposibilitadas para admitir el genocidio que protagonizaron los imperios¹¹. Se trata de la proclamada y asumida asimetría entre el terror que practican ellos, los bárbaros, y la guerra que actúan y desarrollan en caso de necesidad las potencias civilizadas.

El terror político, dice Cavarero, pertenece a la lógica de los medios subordinados a los fines, un discurso que intenta someter a los individuos, desconociendo su propia e irreplicable individualidad. Pero no hay que olvidar que la experiencia de los campos de exterminio del siglo xx asoció la noción de fungibilidad a los seres humanos, seres fungibles y, en consecuencia, superfluos; una lógica, las personas son sustituibles, que parece se haya impuesto en las organizaciones y en las relaciones laborales. El siglo pasado puede ser aprehendido a partir de un acontecimiento excepcional, el de la matanza de los inocentes; porque las masacres afectaron esencialmente a las poblaciones civiles, no en balde perecieron en actos de violencia masivas entre cien y ciento cincuenta millones de personas, aunque algunas fuentes históricas elevan la cifra hasta doscientos millones.

La guerra se distingue del terrorismo en el pensamiento político moderno, que está impregnado de categorías jurídicas, como un hecho sometido al derecho y a su regulación. Una idea que procede, por cierto, de las tesis de Carl Schmitt en su *Teoría del partisano*, que defendió la superioridad de la formalización de la guerra entre estados frente a la desformalización de la lucha de guerrillas o de la guerra revolucionaria entre clases sociales, porque desbordan los límites y elaboran la categoría del enemigo absoluto y de la guerra total¹². Sin embargo, como enuncia Cavarero, la guerra es el modelo de la relación asimétrica, un modelo aprendido de las guerras coloniales, prototipo del homicidio unilateral, a veces programado, de inocentes desarmados. Además, el discurso de la guerra ha sido elaborado desde la perspectiva del guerrero, en oposición al discurso del terrorismo en el que se ha terminado imponiendo el punto de vista de la víctima inocente. Es así que se acepta que

¹¹ Adriana CAVARERO, *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Anthropos 2010, p. 104.

¹² *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

la guerra solo golpea por accidente a las poblaciones civiles, daños colaterales se dice, mientras que el terrorismo asesina a civiles inermes que constituyen su objetivo declarado. Y, sin embargo, nos consta que la guerra moderna se ha convertido en una guerra tecnológica que persigue causar el mayor número de bajas en el enemigo con el menor coste por nuestra parte; ni siquiera se libran de esa feroz asimetría las guerras defensivas que nadie discute calificar como irremediables —el criterio de justicia no debería aplicarse al conflicto armado que en esencia son actos de negación del derecho—, en las que se ha asesinado masiva e impunemente a civiles inermes como medio para debilitar al enemigo y derrotarle; recuérdense los bombardeos sobre Hiroshima y Nagasaki, o de ciudades alemanas como Dresde, cuando la suerte de la guerra mundial ya estaba decidida. Aquel relato dominante sostiene nuestra propia mirada sobre los conflictos en el mundo presente y es así como aceptamos que guerras como las de Afganistán o la llamada «guerra contra el terror» enfrentan la civilización a la barbarie, cuando en realidad asistimos a una estrategia ideológica para hacer humanos actos inhumanos, como enseña el antropólogo Talal Asad¹³.

Otro espacio al que deberíamos trasladar esas oportunas reflexiones es el de los crímenes de la dictadura franquista. Mientras escribo estas páginas leo que en el cementerio de la localidad de Gerena se han localizado los restos de ocho o nueve personas, todas ellas mujeres, del grupo conocido como las 17 rosas de Guillena, en Sevilla, que fueron asesinadas sin juicio previo en octubre de 1936, después de ser públicamente vejadas y humilladas; el delito que había cometido fue ser la madre, esposa, hermana o hija de militantes del Frente Popular que defendieron la legalidad democrática. Pues bien, una vez hallado el lugar del indecente enterramiento, la fosa común ha sido sellada a la espera de que un colectivo de la memoria histórica logre obtener los fondos necesarios para exhumar los restos, identificarlos genéticamente y entregarlos a sus familiares¹⁴. Esa es la obligación del estado, no de las víctimas, un deber que le impone la legalidad nacional e internacional, al margen de otras consideraciones éticas y políticas que resultan pertinentes. Dejemos constancia de lo que representa una terrible prolongación del dolor y el sufrimiento de aquellas víctimas —sus familiares y sus próximos, víctimas que siguen clamando justicia— ante la inactividad estatal. Las lecciones del terrorismo y el testimonio de sus víctimas deben hacernos comprender la injusticia que significa este suceso y lo inadecuado de tales ejercicios

¹³ *Sobre el terrorista suicida*, Laertes 2008, p. 55.

¹⁴ *El País*, 13 de marzo de 2011.

usureros de memoria, que convocan al recuerdo y al reconocimiento de unos desastres y decretan el olvido y la impunidad de otros.

También con carácter previo a la intervención restauradora, en un segundo nivel, debería procederse a desarrollar actuaciones de contenido político, tanto encaminadas a alcanzar el desarme, el cese de la violencia terrorista y la pacificación, como a atender reformas legales que se estimaran necesarias para desmontar o, al menos, reducir todo el aparato de la emergencia que se introdujo en el código penal y procesal penal, como los límites máximos de cumplimiento de las penas de prisión hasta cuarenta años o los periodos de seguridad o la detención incomunicada, hasta medidas de atención y de reconocimiento de las víctimas y políticas penitenciarias de carácter humanitario, como también al desarrollo de estrategias activas de reconciliación social y política.

3. *El lugar de la justicia restaurativa*

La posibilidad de intervención desde los parámetros y valores de la justicia restaurativa en los delitos más graves depende de que se entienda como un asunto humano, el del diálogo entre las personas directamente concernidas por el acto violento, la que ejecutó la conducta y la que recibió su impacto. Su lugar es aquel de la relación interpersonal. Por lo tanto, la mediación restauradora no quiere actuar en el espacio público o colectivo, tampoco en el ámbito de la política. Bien es cierto que víctima y victimario son seres sociales y que hablamos de conductas con relevancia colectiva, incluso de muy graves delitos que han comprometido, trascendiendo a lo relacional, la convivencia pacífica y el intercambio entre individuos y grupos que es propio de una comunidad organizada. El encuentro y el diálogo entre ambos protagonistas se producirán, siempre, en un campo dominado por ese gran otro que es la comunidad. Luego volveremos a ello.

Dice Julián Ríos que el encuentro personal restaurador está dirigido a comprender, no a conceder. El objetivo fundamental de los diálogos reparadores sería, en su propuesta, que las personas fuesen capaces de abandonar parte de su pasado, de superarlo, al menos fragmentaria o parcialmente, de elaborar el duelo por los daños sufridos y perpetrados, respectivamente, de asumir sus responsabilidades y de encontrar un motivo que dé sentido a la vida y les permita seguir adelante. Con ajustada síntesis se nos presenta todo el programa de la restauración y del perdón.

De esa manera se pone en primer plano la restauración y la reparación del daño causado, algo que ha olvidado el proceso penal. Por-

que las víctimas demandan que se les escuche, es por lo que el sistema —mejor en el contexto del proceso judicial, es decir en un espacio público y regulado— está obligado a habilitar mecanismos y recursos de mediación que lo hagan posible, claro está con actores diferentes. En el juicio penal no hay lugar para que las víctimas expresen su dolor. El juicio como reconstrucción histórica de un concreto episodio no se ocupa de la persona, le interesa su relato del hecho, su capacidad para convencer o persuadir de que las cosas sucedieron según la hipótesis acusatoria; de modo excluyente quiere aprovechar su conocimiento para declarar una culpabilidad e infligir una pena. El aparato judicial no está preparado para atender requerimientos diversos, requerimientos de estricta humanidad. Lo que llamamos con lenguaje técnico victimización secundaria evidencia una de las grandes miserias del proceso penal, de las que denunció Cernelutti en su bello opúsculo así titulado; la víctima como objeto institucional, relevante solo en cuanto testigo, el individuo reducido a categoría de fuente de conocimiento, dejando de lado que es un ser portador de una experiencia singular, única e irrepetible, que está atravesado, incluso atrapado, por sus miedos y ansiedades, al que se exprime, se interroga y se somete a la mirada del escrutador.

De hecho, al margen del sentido que pudiera otorgarse a los diálogos restaurativos, el mismo encuentro entre el agresor y la víctima es algo impensable en la lógica del proceso penal, que lejos de permitirlo, al ritualizar los actos judiciales, los desincentiva. En este punto se plantean diversos problemas. Por un lado, si existe la necesidad de confrontación entre el agresor y la víctima y a qué pudiera responder ese impulso.

4. *La confrontación de la víctima con el victimario*

Se trata de otro enigma relacionado con la conducta humana y sus motivaciones, que no parece extraño ni tampoco inusual. Hace poco el periódico daba la noticia de que uno de los dirigentes de ETA en los años ochenta, Álvarez Santacristina, conocido por Txelis, había manifestado al juzgado de vigilancia penitenciaria su disposición a encontrarse con los familiares de una de las víctimas, Yoyes González Cataraín, antigua dirigente que había abandonado la organización terrorista y fue asesinada en 1986 después de regresar a su tierra¹⁵.

¹⁵ *El País* 27.2.2011, «Txelis busca el perdón de Yoyes», M. CEBERIO BELAZA y M. ALTOZANO. La hermana de Yoyes le invitaba a arrepentirse y pedir perdón de forma pública, cómo la habían matado a ella, por cierto en la plaza de su pueblo Ordizia y en presencia de su hija.

Otro ejemplo de la crónica periodística, este en Italia. Aldo Moro fue asesinado el 9 de mayo de 1978 por las Brigadas Rojas después de haber permanecido secuestrado durante cincuenta y cinco días. Había sido varias veces presidente del Consejo de Ministros y era un político democristiano de gran influencia, que propugnaba el entendimiento con el Partido Comunista. Su hija María Fida Moro ha protagonizado una relación, calificada de insólita por los medios de comunicación, con algunos de los terroristas vinculados al asesinato de su padre. Cinco años después del crimen, María Fida decidió trabajar como voluntaria en las cárceles, donde se encontró con presos terroristas. Por mediación de un magistrado y de una religiosa, María Fida conoció a Adriana Faranda, miembro del comando que secuestró y mató a Moro. Esta cumplía condena; se opuso a la ejecución de Moro y, antes de ser detenida, había abandonado la organización terrorista. Su evolución posterior la llevó a rechazar el terrorismo, en un proceso que se conoció como la disociación —un concepto que los mismos condenados elaboraron a partir de sus reflexiones en prisión sobre el uso de la violencia política, iniciando una vía que descartaba la delación de sus antiguos compañeros y la colaboración con la justicia, tomando así distancias con la figura del pentito, del arrepentido, que propiciaba el sistema—. Fue en ese contexto que Faranda y su compañero Morucci, que también integraba el comando criminal, decidieron conocer a sus víctimas, reunirse con ellas, «querían al menos ofrecer la posibilidad de que desahogaran su rabia contra ellos»¹⁶. A propósito de esta historia de encuentros, Marco Bellochio dirigió en el 2003 *Buenos días, noche*, película sobre el caso Moro, en la que exploraba en la psicología de los personajes y en la evolución de alguno de ellos, en el ambiente claustrofóbico del piso donde convivió de manera obligada el político con sus captores hasta que fuera asesinado; el personaje de Chiara, que funciona como una especie de narrador, estaba inspirado en Adriana Faranda.

María Fido recuerda que aquel día salió de la prisión transformada. «Les imaginaba tan distintos y eran normales. Sentían algunas cosas de las que sentía yo...quiero decir que no eran crueles. Perdoné porque creo que una persona puede volverse mejor de lo que es si perdona. Mi padre, como jurista, me enseñó que una pena solo tiene sentido si es

¹⁶ Los textos y declaraciones se han extraído de diversas crónicas de periódicos; así *El País*, 23.11.2008, «El momento de las golondrinas», firmada por Enric GONZÁLEZ, que había dialogado con Adriana Faranda; la entrevista con Moro y Faranda se encuentra en *Diario Vasco*, 28.1.2007, bajo el título «Historia de un perdón imposible» y en *El Mundo* de 18.3.2008. La carta pública que mencionamos a continuación era recogida en el *ABC* del 29.1.2007, «La víctima perdona al verdugo».

para rehabilitar, si no, no es pena, es venganza. Y perdoné porque no creo que odiar me hubiera dado la serenidad que ahora tengo.» Respecto al encuentro y la relación entre ambas mujeres, que se ha mantenido durante más de veinte años, se expresaba así: «Fue un periodo muy interesante, aunque terrible para mí y también para ellos, porque ellos se dieron cuenta de lo que significó en realidad la muerte de mi padre. Paradójicamente, yo fui un castigo para ellos. Después, cuando la Justicia, como miembro de la Familia Moro, pidió mi opinión a la hora de excarcelarlos y darles la libertad vigilada, yo di un dictamen favorable. Como hubiera hecho mi padre.» La relación con la víctima fue un «castigo» para ellos, porque, como luego veremos, el encuentro y la mediación exige el recuerdo del mal.

De la otra parte de la relación, la antigua terrorista Faranda decía de Moro: «Era una persona que había pagado las consecuencias de nuestros actos; nada más vernos fue una relación muy simple e hizo de todo para que creciera positivamente: hablamos de la vida, del mundo, de nuestras cosas, no del pasado. Nos sirvió para descubrir la humanidad recíproca, para construir el presente y el futuro. Para nosotros era inimaginable una actitud como la suya, por su generosidad, como si aliviara su dolor aliviando el nuestro». Mantuvieron la relación en secreto durante muchos años; una vez desvelada generó incomprendiones en la opinión pública ante la actitud de Moro. En mayo de 2006 Faranda pidió igualdad de oportunidades para los antiguos terroristas, haciendo una comparación con las víctimas que evocaba la lógica de la simetría. María Fida le contestó en una carta abierta: «Tú tienes el derecho a tener una vida normal, pero también a nosotros nos gustaría disfrutarla. Tú has cumplido una pena de 16 años y yo llevo cumplida una de 28 años. Tú has salido de la cárcel y has terminado. Nosotros seguimos en la cárcel del dolor, contemplando vidas pérdidas para siempre». Adriana, según la crónica, comprendió y reiteró la petición de perdón.

Esta anécdota nos enseña que incluso en ese nuevo tiempo fundado por el perdón no hay olvido, ni siquiera después de tantos años y de haber ganado la tranquilidad de una aparente reconciliación; ha de advertirse que ambas mujeres han alimentado una relación personal, relación que se nos antoja difícil y traumática. Hay sucesos en la vida que nunca pasan. Es cierto que la Adriana Faranda que conocemos por esas crónicas periodísticas, la que se confrontó con la víctima, no era la misma persona que participó en el secuestro y asesinato de Aldo Moro; pero el dolor permanece, un sufrimiento provocado por el crimen. Siempre la distancia estará ahí. Es la asimetría moral entre la víctima y quien fue victimario, un dato absoluto.

Escuchar a protagonistas de historias que albergan tanta densidad humana nos pone sobre la pista de lo enigmático del perdón, de su carácter insólito y extraño, algo que con precisión señalara Jankelévitch y a lo que luego volveremos.

La necesidad del encuentro y de la confrontación con el otro, sustancia de la relación de alteridad que alimenta una visión moral en nuestra tradición, resulta también otro elemento del enigma. No es algo común, no es algo que se pueda pedir o a lo que se pueda requerir a las víctimas, pero emerge. La indagación sobre esa suerte de necesidad nos desvela cosas sobre la condición humana que nos resulta difícil de explicar. Estamos hablando de voluntariedad estricta y de iniciativas que surgen del fondo del corazón de las personas. En casos como el de Álvarez Santacristina, la voluntad explícita de disculparse y pedir perdón debe ser atendida por profesionales dentro del sistema penal y penitenciario que sepan aprovechar tales gestos y no permitan que esas iniciativas caigan en saco roto¹⁷.

Hay estudios que demuestran que el agresor siente la culpa por su acción y por el daño causado, aunque el sistema penal y penitenciario desincentiva tal estado de cosas. En una reciente investigación criminológica se recogía el dato que el 46% de los presos entrevistados sienten arrepentimiento, en alguna de sus diversas formas, y que si tuvieran que enfrentarse a la víctima le expresarían dicho arrepentimiento, la mayoría de ellos en forma de perdón¹⁸. Los que trabajan en el sistema han constatado que muchas de las personas que cometieron un delito sienten y manifiestan la necesidad de reparar el daño. El penalista Claus Roxin ha dado noticia de investigaciones psicológicas en el

¹⁷ En Bélgica funciona desde 1998 un proyecto que trata de introducir en la prisión la cultura de la restauración, por medio del diálogo entre el autor preso y la víctima. Con ese fin los mediadores trabajan con los condenados, para que asuman su responsabilidad, y con los funcionarios, para sensibilizarles en dirección a los problemas de las víctimas y de los condenados. Se ha llegado a crear un fondo de restauración para ayudar al condenado a solventar su responsabilidad civil, a cambio ha de prestar horas de trabajo en beneficio de la comunidad. Según dicho proyecto, el diálogo debe involucrar al agresor y a la víctima, a estos y al sistema penal, también a la sociedad. Resulta interesante otro proyecto paralelo, en una perspectiva resocializadora, que examina el endeudamiento global del preso y trata de ayudarlo a saldar sus deudas desde la cárcel, mediando con sus acreedores y estableciendo un plan para el pago preparando así su futuro regreso a la sociedad (de todo ello da cuenta el artículo «*Cómo la restauración puede saltar los muros de la cárcel. Una discusión sobre el proyecto Detención dirigida a la Restauración*», Tony PETERS y Luc ROBERT, Eguzkilore, n.17, 2003).

¹⁸ *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Gallego, Cabrera, Ríos y Segovia, Biblioteca Comillas de derecho 2010, p. 208 y 226.

ámbito norteamericano que evidenciaban esa voluntad de reparar¹⁹. Al tiempo, parece que esa intención inicial va desvaneciéndose según el infractor queda sometido al proceso, a la coacción que implica, y sancionado o se ve privado de libertad en prisión. Cuando el autor se considera castigado de manera suficiente, se produce la desmotivación; está pagando por lo que hizo, vive razonablemente la ontología de la deuda que nos constituye simbólicamente. Es un efecto de la desresponsabilización que genera el desarrollo del proceso penal y que perjudica los intereses de las víctimas.

La ficción cinematográfica, como hemos dicho, puede ayudarnos a movernos en lo humano incógnito, posiblemente sin aspirar más que a abrir interrogantes. Italia vivió la experiencia del terrorismo en la década de los años setenta y su cine, como hemos visto, ha hecho incursiones en la problemática que nos resultan interesantes para indagar en el porqué algunas víctimas y algunos victimarios sienten la necesidad de enfrentarse con el otro. *La seconda volta* de Mimmo Calopresti (1995) es una obra que evidencia cómo la experiencia del terrorismo germinó en una reflexión desde la ficción que corre paralela a las preocupaciones de éticos, juristas y politólogos sobre el perdón, la reconciliación y la memoria. El profesor universitario Alberto Sajevo (interpretado por Nanni Moretti) había sobrevivido a un atentado de las Brigadas Rojas; un día, doce años después, descubre por casualidad en un autobús a Lisa, la mujer que le disparó a la cabeza (personaje al que da vida Valeria Bruni Tedeschi). La sigue y descubre que habita en una cárcel. A partir de ese momento, el profesor buscará a su verdugo y provocará varios encuentros. Se embarcará en una especie de aventura solitaria, como es la vida, para intentar comprender la razón que movía a sus agresores, jóvenes estudiantes con los que convivía; parte de una generación sin horizonte, que se hundió en la desesperación después de la revuelta y la heroína, según cuenta. Matar a uno para educar a cien, es una leyenda que repite el profesor y que ha leído en algún texto de propaganda maoísta. Cuando ella se entera de la identidad de Sajevo, rechaza el contacto, «no le debo nada», le dice, al tiempo que le amenaza con llamar a la policía. ¡Qué ironía! Claro está, expía su mal pagando al estado con su libertad en forma de pena de prisión. La condenada renunciará incluso a salir de prisión —se encuentra en un régimen de semilibertad, un tercer grado penitenciario, trabaja

¹⁹ «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en la obra colectiva *De los delitos y de las víctimas*, al cuidado de J. MAIER, p. 140.

fuera y regresa a dormir— para evitar nuevos encuentros con el profesor. En una escena asistimos al enfrentamiento entre el juez de vigilancia y la víctima, que le reclama su derecho a entrevistarse con la agresora, y ante su negativa le recrimina los beneficios penitenciarios que le ha concedido; «me interesan las personas, no solo los crímenes que han cometido», se defiende el magistrado. Por fin, en vísperas de la operación quirúrgica a la que debe ser sometido el profesor para tratar secuelas derivadas del atentado, la condenada responde a su requerimiento y se produce la entrevista. La víctima inquiriere por qué le querían matar; Lisa no lo sabe. Sajevo llega a la conclusión de que fue elegido al azar por su condición de profesor, él u otro docente, habría sido lo mismo (la lógica de lo sustituible, que antes mencionamos); para ellos, para sus victimarios, era una causa justa. Al final, el encuentro no tiene una resolución clara, no podemos decir que hubiera sido salvífico o reparador. Quizá sí para él. Agotaba un recurso en su proyecto de comprender y calmaba la necesidad de confrontación y encuentro.

Y, sin embargo, queda sin responder la cuestión. ¿Estaremos condenados a no alcanzar el sentido de la vida y de nuestros actos? ¿Es posible el diálogo entre la víctima y su verdugo? Baste con esa mera constatación: a veces necesitamos enfrentar la realidad cara a cara.

5. *El diálogo, palanca para el cambio*

La mediación restaurativa es un proceso de comunicación ética que descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de los participantes, en nuestro ámbito de interés, uno víctima de la violencia, agresor el otro; junto a ellos interviene un tercero imparcial, independiente, conocedor de técnicas y habilidades imprescindibles para el desarrollo del proceso, sin poder de decisión, que resulta acreditado solo por la autoridad que le reconocen las partes, y que favorece mediante entrevistas, encuentros o diálogos confidenciales la creación o reconstrucción de vínculos sociales, la prevención o el arreglo de un conflicto²⁰. Tenemos la tentación de eludir la mención a la solución del conflicto como uno de los fines de la justicia restaurativa y de la mediación, porque si algo nos enseña la experiencia es que sería mejor hablar de gestionar el conflicto, ya que muchos problemas que surgen en las relaciones per-

²⁰ Es un concepto inspirado en las reflexiones de *La médiation*, Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, Puf, que sais-je?, Paris, 2005.

sonales y sociales no tienen solución, simplemente nos vemos obligados a convivir con ellos²¹.

Se denomina proceso de comunicación ética porque responde a un objetivo: que los protagonistas de un diálogo sincero se puedan reconocer en el otro, ponerse en el lugar del contrario, acortar la distancia social y cultural, a la manera que el diálogo sustenta cualquier relación o vínculo moral. Su función es la de establecer o restablecer la comunicación entre las personas.

Tal objetivo se soporta en toda una creencia sobre la capacidad del ser humano para evolucionar y madurar a partir de la experiencia de la vida. La mediación puede inducir el reconocimiento mutuo entre las partes, porque descansa sobre una ética de la deliberación y de la comunicación. Los encuentros o diálogos restaurativos se sustentan en la participación libre y voluntaria de las partes, basculan sobre la autonomía y la responsabilidad de los interesados y del mediador, valores estos de la autonomía personal y la responsabilidad que sintetizan el espíritu de la mediación.

Experiencias contrastadas de justicia restaurativa ponen de manifiesto la posibilidad de evolución personal que el diálogo puede desencadenar, como apreciamos en las buenas creaciones literarias y cinematográficas, aquellas que nos ayudan a comprender al individuo. Siempre y cuando sea posible transformar los juicios previos, que determinan y condicionan el punto de partida, opiniones cimentadas en las ideas recíprocas que componen el imaginario de la víctima y del victimario. En la literatura especializada sobre la cuestión se suele atribuir a la víctima una inicial tendencia a simplificar y una visión represiva, que puede cambiar hasta llevarle a una aproximación moderada hacia el otro, siempre que emerjan preocupaciones pedagógicas y sociales que le permitan reconocer la situación de la parte contraria; en el agresor o victimario se habla de recelo y de repliegue defensivo antes del diálogo, porque —como la víctima— piensa a partir de estereotipos, pero

²¹ Los conflictos personales y sociales, muchas veces, no se solucionan ni resuelven. Entonces es obligado aprender a convivir con ellos, a habitar en el conflicto, algo que parece corresponderse con la llamada sociedad del riesgo. Confiamos que el tiempo se encargue de reducir la magnitud del conflicto, de redimensionarlo. «*Es importante, dice el criminólogo noruego Nils Christie, no presuponer que los conflictos deben resolverse. La búsqueda de una solución es un concepto puritano y etnocéntrico... los conflictos pueden resolverse, pero también es posible vivir con ellos. Probablemente, un término mejor sería ocuparse del conflicto. Participación en el conflicto podría ser el mejor, ya que no dirige la atención hacia el resultado, sino hacia el acto. Quizá la participación es más importante que las soluciones*» (Los límites del dolor, Fondo de Cultura Económica 1984, p.126).

puede llegar a escuchar al otro, a demostrar que está preparado para asumir su responsabilidad y a colaborar en la reparación del mal. Una de las ventajas de la mediación es que disuelve los mitos²².

Hay una dimensión deshumanizadora evidente en la violencia política y en su retórica de la redención. El crimen ha sido posible, entre otras cosas, porque el agresor y su marco de referencia han deshumanizado a sus víctimas, les han arrojado con los hábitos del enemigo o del cómplice, han degradado a esas personas a mero objeto prescindible. Desde luego, solo así podemos asumir que alguien dispare sobre un pobre ser humano desarmado y desprevenido, una y otra vez, incluso cuando ha caído, hasta dejarle mortalmente desangrado. Como propone Julián Ríos al pensar los diálogos restauradores, será preciso que el victimario recorra el camino inverso al que le condujo al crimen; y para ello hay que humanizar a la víctima, que recupere en la mirada de aquel que le agredió todos sus atributos como individuo, único e irrepetible, insustituible. El instrumento para humanizar a la víctima es el diálogo, el uso de la palabra, de la escucha y de la percepción del otro, como otro en su identidad y dignidad. La comunicación intersubjetiva es el medio más eficaz, sostiene Ríos con razón al construirnos como seres necesitados de la palabra y de la razón, «para comprender el daño causado y expresar el sufrido». Porque la escucha atenta y respetuosa es lo opuesto al hecho violento, puede desencadenar procesos de reflexión moral.

En dicha confrontación el victimario puede llegar a entender el dolor de la víctima, a reconciliarse con el otro. Es el poder transformador de la mediación en la que confían los defensores de la justicia restaurativa. Algo similar a lo que Roxin denominaba el efecto pedagógico del diálogo, que puede servir al autor para activar un mecanismo de consternación psicológica que tenga un efecto resocializador en su vida futura²³.

La comunicación será un instrumento restaurador en la medida que permita a la víctima superar o abandonar la etiqueta y el rol de víctima. Respecto al agresor, en los delitos muy graves, habrá cumplido la condena impuesta o estará en prisión extinguiendo la pena; desde su perspectiva, y desde la de una sociedad marcada por la ontología de la

²² Así lo expresa el catedrático de Criminología de la Universidad de Lovaina Tony Peters en su artículo «*Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción*», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n. 18, 1994-1995, p. 199 y siguientes.

²³ Ver «Pena y Reparación», Claus Roxin, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 5-15. He ahí un mecanismo de socialización, de integración o rehabilitación nada desdeñable, que sintoniza con los fines de la prevención especial, para cuya persecución, como señala Roxin, carecemos de remedios seguros.

deuda, está pagando o habrá saldado la deuda. La mediación solo podrá ser vista como algo más, como un valor añadido, después de la intervención de la justicia penal que habrá etiquetado a cada uno. La viabilidad de los encuentros restaurativos, como sostiene Ríos, dependerá entonces no tanto de la gravedad de los delitos como de la disponibilidad de las personas, de ahí la importancia del mediador para seleccionar los casos y preparar el diálogo.

6. Superar el rencor

Quienes propician la intervención con métodos de justicia restauradora en los delitos más graves señalan el deseo de venganza, el odio y el rencor, que se alberga en quien ha sufrido un mal de imposible o difícil reparación, como objetos emocionales que deben ser elaborados para evitar su cronificación. Porque, como dice Ríos, «cuando se enquistan y presiden la vida personal y colectiva de forma permanente, lejos de otorgar estabilidad para una convivencia pacífica compelen a la víctima a una escalada de reafirmación en el dolor revictimizado», anclando a la víctima en esa posición como si de una atadura se tratara.

No parece fácil imaginar qué rendimientos positivos para la acción puede obtener el individuo del impulso de venganza. Otra cosa es el resentimiento, que en principio es el resultado directo del dolor provocado por el mal. Jean Améry, la voz de una de las víctimas por excelencia del siglo pasado, uno de los testigos fundamentales del horror nazi, reivindicó el resentimiento, en clave similar a Jankélévitch y como reacción moral ante los intentos de olvidar o declarar prescritos los grandes crímenes contra la humanidad. «Me resulta imposible aceptar un paralelismo entre mi andadura y la de aquellos tipos que me golpearon con las porras», dirá para eludir el llamamiento a la reconciliación, que entendía apresurado e inhumano, como todo perdón u olvido que responda a la presión social. «No deseo convertirme en cómplice de mis torturadores, exijo más bien que se nieguen a sí mismos y me acompañen en la negación». Améry nos enseñaba así que las víctimas tienen su tiempo, un tiempo ajeno a la política y a la vida social. Pero también aceptaba que el resentimiento y el rencor eran antinaturales, porque «nos clava a la cruz de nuestro pasado destruido...bloquea la salida a la dimensión auténticamente humana, al futuro»²⁴.

²⁴ En el capítulo titulado «Resentimientos» Améry reflexionaba sobre la cuestión; *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, p. 139 y siguientes.

Ese juego metafórico es común a los pensadores sobre el perdón a propósito de los grandes crímenes contra la humanidad. Jankélévitch decía que el perdón, verdadero o falso, tenía un efecto contrario al del rencor, porque levanta el estado de excepción, evapora lo que el rencor alimentaba y resuelve la obsesión vengativa²⁵. «El nudo del rencor se desata o desanuda», dirá utilizando el mismo lenguaje elaborado por Hannah Arendt para tratar el poder del perdón.

De superación del rencor hablaba una reciente película sobre las secuelas del conflicto irlandés una vez alcanzada la paz, titulada *Cinco minutos de gloria*, dirigida por Oliver Hirschbieg en el año 2009 y premiada como la mejor dirección en el festival de cine independiente de Sundance.

La película podría verse como una fábula si no fuera porque nosotros, espectadores españoles, estamos asistiendo al periodo final del terrorismo de ETA. Se trata de una ficción sobre dos hombres maduros; uno, Alister Littel (interpretado por un espléndido Liam Nesson), asesinó con 17 años, cuando pertenecía a la Fuerza Voluntaria del Ulster, organización terrorista protestante, a un joven trabajador católico llamado James Griffin; el otro, Joe Griffin (que representa en toda su complejidad y dramatismo el actor británico James Nesbitt), es una víctima del terror, entonces un niño que tuvo que presenciar el vil asesinato de su hermano mientras jugaba con un balón contra la pared de la fachada de su casa.

Treinta y tres años después, una vez que las organizaciones terroristas habían dejado las armas y la paz se había establecido en el Ulster, los dos fueron convocados para encontrarse delante de las cámaras de televisión, bajo la leyenda de verdad y reconciliación. El encuentro fracasa por la ira de Griffin, que busca venganza («ahora soy yo el del coche, que le hago una visita»), monologa Griffin, recordando el suceso criminal y deseando pagar el mal con otro mal); pero la tensión le vence y le obliga a retirarse antes de entrar en la escena. Littel había sido juzgado y condenado por el asesinato, había cumplido doce años de prisión. Ahora interviene en terapias de grupo con antiguos terroristas; en ese sentido es un buen arquetipo del criminal arrepentido que evoluciona personalmente a partir de la constatación de lo irreparable del daño que ha causado y que trata de limitar sus efectos, trabajando a favor de la paz.

²⁵ *Le pardon*, p. 12. Jankélévitch fue depurado como profesor y privado de la nacionalidad francesa durante el régimen de Vichy; fue miembro de la Resistencia al nazi-fascismo.

La mediadora que colabora con el programa comenta a la víctima que el exconvicto es un hombre roto, que había manifestado su preocupación por la víctima y por el sufrimiento que había soportado. Al recibir la confidencia, Griffin se desconcierta y duda. Es la mediadora quien advierte a Little de que el otro le quiere matar. Lo que no va a desmotivar su voluntad de encuentro.

Little monologa con su terapeuta en una escena: «durante 33 años ese niño me ha estado mirando, sé que siempre estará ahí...». Está atado a su víctima, atado a su acción, envuelto por el sentimiento de culpa, bloqueado para la acción. No puede seguir con tan pesada carga. Responde perfectamente a lo que un ético identificaría como el deber moral del victimario de solicitar perdón, una obligación que, al contrario, no se puede exigir a la víctima. Las imágenes de Little en su apartamento exhiben a un hombre sin lugar en el mundo, solo dispuesto para habitar un espacio frío y desnudo, provisional, como el que corresponde a quien no encuentra sosiego ni descanso. La ruptura con su medio político de referencia —algo que de manera general no se valora en el justo término del desgarramiento que provoca—, su arrepentimiento y la denuncia del sectarismo que sigue malogrando a jóvenes confusos, todo ello le ha privado de identidad y de la posibilidad de establecer (seguros) vínculos de pertenencia. Entonces, cuando era joven, cuando segó la vida de otro, necesitaba de los aplausos, precisaba integrarse en un grupo y en una cultura, que era la suya, la de referencia en la comunidad protestante del Ulster. Ahora, necesita liberarse de ese pasado; aunque diga que no busca el perdón, la declaración parece consecuencia de que acepta que no lo merece. Pues de lo contrario carece de sentido que acuda en busca de Griffin, aun sabiendo que puede ser agredido o muerto.

Perpetrador y víctima, en el lenguaje que se ha impuesto para designar a nuestros dos personajes, dos seres humanos singulares y únicos, si nos permiten, dos pobres seres humanos en su soledad infinita, se van a encontrar por fin en un escenario desolador, la casa del crimen. Little ha instado al otro a verse, Griffin le ha citado allí. Ambos se van a enfrentar al pasado que no pasa, al daño irreparable que les vincula. La tensión que gravitaba en el lugar de la primera cita, un estudio televisivo improvisado en una mansión rural, se convierte aquí, en la vieja y abandonada casa de la infancia de Griffin, que fue asaltada por el comando de jóvenes protestantes armados, se convierte en algo terrible pero al tiempo mágico, quizá insólito. Un lugar propio de las fantasías de Kafka. Más frialdad, más soledad, van a recibir a Little cuando se adentre en la vivienda y ascienda hasta la segunda planta donde le aguarda Griffin, presa de una furia homicida. Es su simbólico descenso a los infiernos, en realidad un reencuentro con su crimen, en forma de regreso al co-

razón de las tinieblas en compañía de la víctima. Como hemos dicho, el encuentro reclama memoria. La pelea termina con ambos en la calzada, después de haberse precipitado desde la ventana. Heridos, fatigados, hacen como que no se miran. Antes de abandonar la escena, Little se dirige a su atacante. «Líbrate de mi, no soy nada, para que no esté yo ahí cada mañana, cuando te levantes, sino tus hijas...no soy nada». La víctima va a iniciar un proceso de reflexión a partir del encuentro traumático, que le permitirá de manera misteriosa superar el odio y el deseo de venganza, desatarse y liberarse de ese pasado. Griffin llamará por teléfono a Little, no parece que mucho tiempo después, el mensaje que le transmite es escueto: «hemos terminado». Nada más. Pero ese acto de discurso, hemos terminado, significa el punto de liberación. Se han desanudado uno del otro; Griffin ha dejado de lado el dolor que le obsesionaba, el sufrimiento permanente en que se había instalado; ahora mira a sus hijas de otro modo, quizá mas limpio, seguro mas sereno. Little se arrodilla al recibir el mensaje. El gesto denota la crisis catártica; por fin, sin esperarlo, ha logrado separarse de su acción —por la que ya había pagado en la lógica de la retribución—, dejar a un lado la culpa, puede intentar volver a empezar, regresar a la acción.

Como dice Arendt, el perdón es la alternativa a la venganza; esta película divaga alrededor de esa idea, que nosotros compartimos. También nos desvela otras cosas útiles para nuestro discurso. Por ejemplo, que el perdón no es un asunto religioso, aunque su origen en nuestra tradición sea religioso, el perdón tiene una dimensión ética, por lo tanto personal, y otra dimensión política. O que Little no puede perdonarse, el perdón es algo relacional, como también nos enseñó Hannah Arendt, tiene que ver con los asuntos humanos, con el otro, con la esfera pública. Aunque se ha hecho justicia, el estado y sus tribunales han intervenido y se ha expiado el crimen con muchos años de prisión, el drama sigue; porque pertenece al autor y a la víctima, que no pueden ser sustituidos ni representados, ni siquiera en los graves delitos, por terceras instancias soberanas. Little, el agresor, ha evolucionado, es una persona diferente; es por ello, queremos creer, que necesita confrontarse con el dolor del otro, de la víctima, sentir el inmenso dolor que su acción desencadenó. Quizá, se trata al fin de una pasión humana, hasta entienda el odio que embarga a la víctima, es capaz de representarse su malestar y su deseo de venganza.

Mientras que se prepara para el encuentro frustrado, Little se presentaba ante la cámara: «Para que les hable del hombre que soy, les tengo contar el hombre que fui...solo tenía 17 años...». A continuación viene la confesión del crimen, unos hechos que ya fueron afirmados por los tribunales, pero que en boca del asesino adquieren otra

dimensión. Y aquí nos enfrentamos, de la mano del personaje del victimario, a una revelación, el que habla no es la misma persona; el que busca perdón o intenta reparar el mal que causó, como señala Derrida, es otra persona, ha evolucionado; no se perdona al agresor, se perdona a otro diferente. «Él ha venido, y yo he venido, para que pueda enfrentarse a mí...no a oír o a dar perdón...»

7. *El escenario del perdón*

Cinco minutos de gloria nos plantea la pregunta: ¿es posible la reconciliación y el perdón? La víctima empieza a evolucionar justo en el momento en el que percibe que el agresor también sufre; nosotros sabemos, nos lo ha mostrado el relato previamente, que el asesino es otro y el mismo individuo que en su adolescencia fue capaz de deshumanizar a una persona, elegida al azar entre la comunidad de sus enemigos, hasta odiarle, negarle simbólicamente y eliminarle físicamente; pues bien, ese, el otro, también sufre. Cuántas veces esa transferencia o comprensión, de aquello que construye lo humano compartido, la alteridad, es inducida por la constatación de que el otro no es una alimaña sino un ser humano débil, frágil y desconcertado, como uno mismo.

La sociedad posmoderna se manifiesta descreída, con cierta frivolidad hemos hecho como que nos desprendíamos de valores que dificultaban el proyecto consumista. Cada vez que se habla de perdón en el contexto de la justicia restaurativa y de la mediación penal, el auditorio se resiente como si recibiera de mala gana un objeto que le vincula inmediatamente a la religión. Sin embargo, en nuestra tradición el perdón ha preocupado y llamado el interés de muchos pensadores a lo largo de la historia. Es cierto que el perdón tiene un origen religioso. Un perdón que era concedido después de la confesión, como acto de sumisión voluntaria de los fieles al poder de la iglesia católica. En algunas discusiones y debates actuales acerca del perdón resuenan las polémicas habidas entre los teólogos católicos sobre el alcance del arrepentimiento de la falta, si bastaba la atrición o era necesario alcanzar la contrición para obtener la remisión o expiación de la culpa²⁶. El histo-

²⁶ Jean Delumeau estudió la historia de *La confesión y el perdón*, título de su obra, ofreciendo información sobre ese debate y las instituciones teológicas; la Iglesia católica pretendió tranquilizar a sus fieles, entonces masas de campesinos pobres con una esperanza de vida muy breve a quienes se había impuesto la pesada losa de la confesión obligatoria, por medio del perdón divino, pero les exigió a cambio la confesión detallada de sus pecados (p. 46 y 9, Alianza editorial 1992).

riador Delumeau considera que el perdón, junto a la compasión, es una de las aportaciones más preciosas del cristianismo a la historia de la humanidad. «En nuestras vidas individuales y colectivas el perdón (que no es el olvido) es un arco iris. ¡Ojalá brille aún mucho tiempo sobre nuestra tierra!», concluía su obra sobre la confesión y el perdón.

Vladimir Jankélévitch es el gran pensador moderno del perdón y su argumentación intelectual se reproduce en cualquier aproximación al problema. Consideraba que el perdón era un misterio, un caso límite, un acontecimiento inaugural, generalmente espontáneo porque no reside en el poder de la voluntad. La gracia del perdón como la del amor, escribirá en su obra de referencia, nos es concedida al instante, como una aparición fugaz. Los rasgos distintivos del perdón auténtico serían su condición de acontecimiento datado, que emerge en un momento dado, su existencia al margen del derecho —la misma idea de un derecho al perdón es contradictoria y destructiva— y su carácter de don gracioso que otorga la víctima al ofensor, que lo convierte en una relación personal con el otro, que constituye su esencia y sustancia. El perdón devuelve bien al mal, deviene una generosa remisión del mal que carece de finalidad utilitaria o pragmática²⁷.

Ginn Fourie es otro testigo vivo del perdón. Su hija murió en un atentado con bomba que ejecutó en 1993 uno de los grupos que resistían al apartheid en Sudáfrica, el día que celebraba la conclusión de sus estudios universitarios. Fourie inició un diálogo con el líder que había dado la orden de matar, Mphahlele, un camino que desencadenó su perdón y la comprensión de las causas de la violencia en su país. Decía que el perdón era «un proceso por el que se abandona por principios el justificado derecho de venganza; las emociones llegan después, la alegría también regresa». Ginn creó una fundación por el diálogo interracial y la rehabilitación de excombatientes, en la que ambos trabajan juntos²⁸.

El perdón como sugería Jankélévitch, es un problema moral. «La vida moral no es un proceso, sino un drama, un drama jalonado de decisiones costosas»²⁹. Es así que no podemos negar la experiencia del perdón, un gesto que puebla nuestras biografías, incluso nuestra vida cotidiana. No se trata de demandar ni siquiera de motivar a las víctimas al perdón, simplemente queremos levantar acta de su existencia. En el occidente cristiano se mantiene el mandato de perdonar, reafirmado

²⁷ *Le pardon*, citada, p. 12 y 43.

²⁸ La entrevista se publicó en *El País* del 16.2.2009, «El perdón pone fin al derecho justificado de venganza».

²⁹ *Ídem*, p. 58.

desde hace siglos en nuestra cultura, «perdona nuestras deudas como nosotros perdonamos a nuestros deudores» es la letanía que se repite. Un poco de perdón facilita la vida, concluye Amelia Valcárcel; porque en el perdón individual —ese perdón necesario y habitual que nos permite la supervivencia de las relaciones personales— se condensa sabiduría y conocimiento de la vida de relación. Un perdón que responde a ciertas pautas; entre nosotros es lugar común que se desenvuelva alrededor del arrepentimiento, del duelo sobre la pérdida, de la reparación, material y simbólica, y del compromiso de no repetición. El perdón nos libera del sentimiento de venganza y nos sitúa en un plano moral elevado: «nos permite seguir siendo dueños de nosotros mismos»³⁰.

Para comprender el papel de la justicia restaurativa y de la mediación en los conflictos criminales, es útil la lectura de Hannah Arendt, cuya noción del perdón está asociada a una pragmática de la acción³¹. Porque Arendt seculariza el concepto de perdón, que madura a partir de la experiencia humana; aún reconociendo su origen religioso, le interesa su dimensión política y lo convierte en un instrumento de intervención en la esfera pública. El perdón como la promesa, dirá Arendt, conciernen al ámbito de los asuntos humanos, establecen vínculos entre los seres humanos y constituyen una de las capacidades de la persona. La facultad de actuar presupone la de perdonar, que permite revertir las consecuencias impredecibles del obrar humano. El perdón sirve para «deshacer los actos del pasado». Al ser perdonados se nos libera de las consecuencias de nuestra conducta; sin perdón, la capacidad de actuar del ser humano quedaría inscrita y registrada en un solo acto, del que nunca podría recuperarse, o rehabilitarse diríamos nosotros. Además, necesitamos del perdón para que la vida prosiga, porque solo mediante la mutua exoneración —que desencadena la posibilidad de comenzar otra vez— los hombres pueden seguir siendo agentes libres. El perdón no solo libera del pasado, sino que hace factible la continuidad del proceso de la acción, es por ello que mira al futuro. El código del perdón se sustenta en experiencias en la esfera pública, en donde están presentes los demás (el gran otro).

El acto de perdonar no puede predecirse, porque opera de modo inesperado. Otra visión de su enigmática condición; sorprende lo poco que sabemos del perdón a pesar de convertirse en tópico de la experiencia del ser. El perdón, dice Arendt, es la alternativa a la venganza,

³⁰ *La memoria y el perdón*, Amelia VALCÁRCEL, Herder, Barcelona 2010, p. 77 y 78.

³¹ Su reflexión sobre el perdón está dispersa en varios textos, pero es de cita obligada el capítulo «Irreversibilidad y poder de perdonar» en *La condición humana*, Paidós, 2005, p. 255 y siguientes.

que, en contraposición, no pone fin a la falta y perpetua el círculo de la violencia. Es importante destacar otro punto de coincidencia en quienes se asomaron a los grandes crímenes contra la humanidad, porque solo al mal absoluto, aquel que trasciende la esfera de los asuntos humanos —en la que interactúa el perdón—, le es aplicable el principio, conocido y citado, de que no es posible perdonar ni castigar. Pero ese principio no tiene por qué extenderse a otros males. Es una diferencia importante, para conjurar el peligro de relativización del holocausto y de los otros genocidios conocidos. Es la misma opinión que exponen Derrida o Paul Ricoeur: la enormidad del crimen exige que la justicia llegue hasta el final, pues perdonar sería ratificar la impunidad, una gran injusticia a expensas de la ley universal y de las víctimas³². En la que coinciden también los testigos del holocausto.

El perdón deshace lo hecho y habita en la relación personal. Porque se sustenta sobre el respeto y la consideración debida a la persona, al otro. Dependemos de los demás, afirma con convicción Arendt, poniendo en evidencia que el perdón fundamenta no solo valores morales, también es un principio político. El perdón se dirige a la persona, no a su acción; porque la persona puede ser más que su acto, dirá en su famosa carta a Scholem a propósito de las críticas que este dirigió contra su libro sobre el juicio contra Eichman. «La necesidad del perdón hace justicia al hecho de que cada ser humano es más de lo que hace o piensa. Sólo el perdón hace posible un nuevo comienzo para el actuar, comienzo que necesitamos todos y que constituye nuestra dignidad humana»³³.

Retengamos esa idea: desanudar o desatar al agresor de la víctima, liberarse o superar el deseo de venganza y la culpa, como forma de volver a caminar moralmente. No es una dieta obligatoria, hemos de reiterar, dependerá de la voluntad e iniciativa de los interesados, solo es una posibilidad que ellos pueden actualizar.

El perdón, la comprensión y la reconciliación son conceptos relacionados pero se refieren a realidades y experiencias diversas. Aunque en todas las aproximaciones al perdón se puede detectar una visión esperanzada del ser humano, una confianza en su posible regeneración o en su capacidad de transformación.

Para desarrollar esas ideas podemos seguir a Ricoeur, que se adentra en lo que califica de difícil perdón a partir de su reconstrucción como un enigma, ya que tan difícil como darlo y recibirlo es su propia entidad

³² *La memoria*, citada, p. 614.

³³ Citado en «*Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt*», M. Madrid GÓMEZ TAGLE, *Praxis filosófica*, n.º. 26, p. 148.

y concepto³⁴. Ante situaciones trágicas e irreparables, si el perdón tiene algún sentido será en tanto forma de elaborar la espera y de soportar o aguantar la pérdida. Porque aceptar que la pérdida es definitiva constituye una suerte de sabiduría digna de revelarse como el incógnito perdón, como una experiencia desconocida a la altura del perdón.

La ecuación del perdón, argumenta Ricoeur, se sustentaría en la relación entre dos polos; de un lado, la confesión de la falta por parte del autor, que así interioriza la imputación de su culpabilidad por el acto, acepta la acusación y permite que se le desate o se le desvincule moralmente de su acción a través del perdón, que deviene así un enigma con existencia. De otro lado, lo que titula el himno del perdón. Entre las dos marcas se detecta una disparidad vertical, profunda, como la que se da entre la imposibilidad del perdón y lo imperdonable e irreversible del mal. El perdón se desenvuelve mediante gestos y actos de habla; el discurso del culpable que enuncia la falta a través de la confesión y el de la víctima capaz de pronunciar la palabra liberadora. Esos gestos y esa enunciación atienden a la consideración debida a todo hombre, donde aparece la dialéctica del arrepentimiento, de tradición abrahámica, algo que sugirió Derrida. Y ello en el entendimiento de que el ser humano está predispuesto y motivado para el bien; de ahí que el perdón forme parte de un proyecto inmenso de restauración en la persona de su disposición original para hacer el bien. Todo depende de la posibilidad de desatar al agente de su acto, con la finalidad de habilitarle para comenzar de nuevo; algo que requiere convenir en la idea de que la capacidad de compromiso moral del sujeto no se agota en los actos de maldad que ha cometido; una disociación que requiere de un acto de fe, un crédito que se otorga para favorecer los recursos de regeneración, algo a lo que señala el lenguaje del arrepentimiento. Arrepentimiento que en la tradición cristiana no significa un retorno o un volver, sino un gesto inaugural. Es ahí donde se puede aprehender el carácter del perdón como un don, respuesta o consecuencia de dicho gesto inaugural que representa o dibuja el arrepentimiento. El perdón tiene ese efecto, «disociar la deuda de su carga de culpabilidad y, de alguna manera, el de poner al desnudo el fenómeno de la deuda, en cuanto dependencia de una herencia recibida», el mandato de perdonar y de comprender al prójimo³⁵.

Es la consecuencia buscada en el encuentro reparador, desatar o desvincular a aquellos a los que el crimen anudó, para que la víctima

³⁴ *La memoria, la historia, el olvido*, Trotta 2003, antes citada, p. 653.

³⁵ *ídem*, p. 608 y 619.

pueda, en la medida de lo humanamente posible y aceptando con Derrida que «nada se borra jamás», liberarse de cierta pesada carga, como el rencor o el deseo de venganza, que le impiden seguir buscando sentido a la vida más allá del agravio recibido. Jankélévitch admitía ese poder transformador del perdón, capaz de inaugurar un nuevo orden, poniendo punto final al rencor, extirpándolo de raíz, haciéndolo imposible³⁶.

El cauce del diálogo que puede precipitar el perdón, ocasionalmente, requiere que las partes acepten determinados datos, a pesar de que la justicia penal haya actuado. Datos que tienen que ver con la naturaleza de la falta, con sus características y perfiles, con la atribución de la culpabilidad por el mal, con la entidad del daño causado y el sufrimiento de la víctima. En la escena del perdón, el culpable al confesar está re-presentándose y representando su acto. Es Derrida quien señala que en nuestra herencia abrahámica —a las religiones de libro pertenece el perdón— la lógica condicional está inscrita igual que su contrario, la de la incondicionalidad que hace del perdón un don gratuito³⁷. La condición del perdón sería la de que el culpable se arrepienta, que se enmiende, que solicite el perdón, que se transforme gracias a un nuevo compromiso, que trabaje en favor de la paz. A la condición se había referido Jankélévitch cuando se preguntaba, como pretexto para rechazar las demandas de olvido y prescripción de los crímenes nazis, «¿pero acaso nos pidieron perdón alguna vez?». Para él, solo la angustia y la desolación del culpable otorgarían sentido y razón al perdón³⁸. Derrida considera que ambas visiones del perdón son indisolubles; es más, deben seguir conviviendo el requisito de previa petición con la retórica de la concesión incondicional. Porque si se prescinde de todo vestigio de un concepto de perdón puro e incondicional, el discurso carecería de sentido. La incondicionalidad significa, entonces, que el perdón de la víctima no es negociable, porque carece de dimensión económica o política y porque no responde a una estrategia o a un programa. El perdón desborda toda institución, todo poder, toda instancia jurídico-política.

³⁶ *Le pardon*, p. 50.

³⁷ El pensamiento de Jacques Derrida sobre el perdón puede conocerse a partir de dos entrevistas, una *Le siècle et le pardon*, *Le Monde des Debats* n.º 9, diciembre 1999, entrevista con Michel Wieviorka (ahora en *Foi et savoir*, édition du seuil 2000, traducida al castellano en el libro colectivo *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Anthropos 2008, p. 113 y siguientes); la otra *Justicia y perdón*, coleccionada en el libro *¡Palabra! Instantáneas filosóficas*, Trotta 2001, p. 91 y siguientes.

³⁸ *L'imprescriptible*, citada, p. 50.

Dialogando con Derrida y Jankélévitch, Amelia Valcárcel nos advierte con razón que el perdón puro e incondicionado, contemplado como un objeto aislado, no existe porque nuestro perdón se expresa necesariamente en el contexto ontológico de la deuda —que pide la expiación de toda culpa. El perdón se constituye a partir de prácticas, como gestos y actos de discurso, que generan o reproducen los mismos vínculos sociales que otorgan sentido a las personas y a sus conductas, es por ello que el perdón no puede ser contemplado como un objeto aislado, so pena de perder de vista su naturaleza de asunto humano³⁹.

Derrida sostiene que el perdón es loco, por ello denomina al fenómeno como la locura de lo imposible. El perdón es posible, sostendrá no obstante, pero siempre emergerá de manera imprevisible e incalculable, porque carece de pautas lógicas, jurídicas o incluso morales. Resultado de algo secreto, se corresponde con un espacio de la experiencia que permanece inaccesible. Es por ello que el perdón debe penetrar —hundirse lúcidamente, dice Derrida— en lo insondable, «en la noche de lo inteligible». El perdón surge de la confrontación personal, del cara a cara, entre el tú y el yo, que así compromete a dos singularidades absolutas, el culpable y la víctima; ambos comparten, no obstante, el lenguaje y la palabra, universo común imprescindible para integrar y dotar de sentido a la escena restaurativa que se representa en el teatro del perdón. Asistimos a un asunto personal, en el que se ofrece al menos un testimonio, no en balde el culpable confiesa, todo ello en presencia de un tercero que, incluso oculto detrás de la escena, permite vislumbrar a la comunidad. Porque es un asunto personal, dirá Derrida, nadie puede perdonar por los muertos y por los desaparecidos.

Después de ese recorrido por las principales concepciones del perdón en el pensamiento actual, en el que encontramos importantes puntos de conexión, como hemos señalado, nos quedamos con la idea del perdón como intento —quizá abocado al fracaso— de ruptura del ciclo de la violencia, expresión de una esperanza renovada en que la violencia del victimario no desencadenará más violencias privadas, como si de un gesto inaugural se tratara capaz de generar un nuevo orden en el que se destierre la violencia como forma de intervención en los asuntos públicos. Admitiendo, por supuesto, que sus condicionantes y requisitos previos son el reconocimiento de la culpa por la acción criminal, el reconocimiento de la víctima y de su dignidad, el reconocimiento y la asunción del dolor provocado exclusivamente por la con-

³⁹ *La memoria y el perdón*, Herder 2010, p. 98.

ducta del agresor. Como propone Reyes Mate, «la víctima acepta romper la distancia infinita que le separa del criminal, pero al precio de que éste renuncie a la lógica de la violencia y que milite, por tanto, en la causa de la paz y de la justicia. Ese es el trueque de la culpabilidad por la responsabilidad»⁴⁰. Porque la finalidad del diálogo restaurador sería que el victimario asumiera la infamia de sus actos y se comprometiera a convivir sin violencia, que se reintegrara a la comunidad aceptando el libre y pacífico desenvolvimiento de la vida pública por cauces pacíficos y con medios democráticos. Ese es el juego que podría cumplir, en su caso, el perdón, el de un intercambio de la culpa moral que pesa sobre el victimario por la responsabilidad política que asume como ciudadano, en el horizonte de una justicia penal que ha afirmado la vigencia de la norma.

Perdonar, en definitiva con Jankélévitch, no es cambiar de opinión sobre la deuda del culpable ni alinearse con la tesis de su inocencia; el veredicto de condena permanece, el perdón afecta a las relaciones entre la víctima y el agresor, que son las que pueden verse transformadas⁴¹.

8. *La verdad y la justicia restauradora*

En los delitos más graves hemos propiciado que la justicia restaurativa solo debiera operar de manera sucesiva a la justicia penal, para evitar todo tipo de impunidad. Lo que quiere decir que la verdad del hecho se habrá determinado previamente. Entonces, ¿qué verdad puede aspirar a alcanzar un diálogo restaurador?

La verdad que se obtiene en el proceso penal, imprescindible para establecer las consecuencias del acto y de la culpabilidad del autor o del partícipe, es una verdad que responde a pautas precisas. Se parte de una hipótesis fáctica, que propone la acusación, que se somete al método del contradictorio para su comprobación y refutación, siempre desde la perspectiva de lo que resulta de interés y relevancia al proceso, algo que delimita el tipo y los criterios de la parte general del derecho penal. Lo que deja mucho espacio para hablar de verdad desde la perspectiva de lo que importa a los asuntos humanos, en ese drama que representa la violencia del acto criminal, el sufrimiento de la víctima y las razones y el castigo del agresor.

⁴⁰ *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, Anthropos 2008, p. 64 y 80.

⁴¹ *Le pardon*, p. 197.

Podemos servirnos nuevamente de la ficción para entender la calidad de la verdad que el diálogo puede ofrecer. Porque el diálogo tiene una capacidad enigmática para poner al interlocutor en lugar del otro, para posibilitar la vivencia de la alteridad, para representar en el espectador la humanidad compartida con los demás. Solo la ficción es capaz de desplazarnos o llevarnos en esa suerte de viaje emotivo que permite al observador identificar el dolor ajeno y hacerlo suyo. Una buena experiencia en esa perspectiva es seguir los relatos de Fernando Aramburu —un escritor vasco radicado en Alemania y autor de varias novelas notables, entre ellas *Los ojos vacíos*— para reinventar e imaginar el sufrimiento de las víctimas del terrorismo en la década de los años 1980 en este país. Incluso después de abandonar la lectura del libro de narraciones breves titulado *Los peces de la amargura*, varios personajes nos seguirán acompañando. El lector no queda indemne, porque recibe el dolor del ofendido. Posiblemente recordará a Toñi, la viuda de un policía municipal asesinado por ETA, ambos emigrados a Euskadi; la ficción le motiva a imaginar y, en alguna medida, a vivir la soledad, el aislamiento y la injusticia que imprimió a aquellos seres humanos la experiencia de la muerte y de la pérdida criminal en un entorno que despreciaba su sufrimiento y su desamparo. El abandono de sus vecinos obligó a Toñi a dejar el pueblo de la costa guipuzcoana en el que había vivido su matrimonio, durante más de una década, donde habían nacido sus tres hijos y donde había muerto su marido, por el mero hecho de ser percibido como un «enemigo del pueblo» por quienes estaban empeñados en construir una nueva comunidad ideal mediante la violencia y la eliminación física del adversario. «La Toñi tuvo miedo de su soledad, de otra noche en blanco en la cama de matrimonio en la que ahora se sentía como un animalito perdido en el desierto», nos confía el narrador. La ficción nos ayuda a interpretar la realidad, en algunas ocasiones llega a fundar la propia realidad.

Porque en el fondo, la imaginación literaria nos auxilia a construir el mundo en el que vivimos, una forma accesible de entendimiento, a partir del individuo, del hombre y de la mujer, como medida de todas las cosas, más allá de las imágenes y de las abstracciones que fundan el mundo instituido que nos recibe y nos acoge. En una perspectiva similar, o al menos en paralelo, a la que obedece la justicia restaurativa, por medio del encuentro dialogado —la mediación es un tímido proyecto a la altura de seres que no paran de empezar de nuevo en el intento de dotar de sentido a la vida y de comprender al ser humano—, a través de la confrontación personal, como instrumento de ruptura o desvelamiento de los prejuicios y las incertidumbres que constituyen nuestros miedos y paralizan nuestra capacidad de acción.

Posiblemente los diálogos restaurativos entre autor y víctima, una vez actuada la justicia penal y establecida una verdad sobre el hecho criminal, podrían versar sobre otro tipo de verdad, esa verdad que nos enseña y nos ayuda a desvelar la ficción literaria y cinematográfica, el hombre y la mujer como seres únicos e irrepetibles, singulares e individuales, vulnerables y frágiles; lejos de los estereotipos al uso y de los fantasmas que generan las imágenes que reproducen los medios de comunicación de masas, un dato esencial para no perder el sentido de la justicia, que requiere ver a los demás como personas, con su dignidad y su biografía, y permite madurar las habilidades necesaria para imaginar el dolor del otro, para identificar sufrimientos y desigualdades en los demás.

Es una verdad enigmática pero más profunda, sobre el sentido de la vida, que la imprescindible verdad sobre el hecho violento y la condición de agresor y de víctima. La verdad poética es sugestiva en el plano de la justicia restaurativa porque tiene que ver con la capacidad de intuir la esencia del ser humano, con la dificultad para otorgar sentido a la vida, nos interpela sobre lo absurdo y maravilloso de la existencia, de la vulgar pero fantasmática constatación de su finitud, de la presencia inexorable de la soledad como horizonte espiritual en la biografía de las personas.

El diálogo restaurador discurrirá, si logra despegar, a través de las emociones y de los sentimientos, se detendrá necesariamente en la obligada convivencia con el dolor, intentará encontrar la medida inconmensurable del sufrimiento, algo tan difícil de expresar con palabras y, también, sobre lo irreparable de la pérdida. Las investigaciones nos indican que la culpa es un lugar común en el que recalcan muchos agresores condenados, también aquellos que han justificado sus actos en una retórica redentora. Forman parte de la experiencia común la necesidad de reparar el daño, de retroceder en el tiempo y de volver a decidir sobre la misma acción, «de desandar lo ya vivido y borrar lo sucedido», como escribió Améry. Entre esas marcas, con la ayuda de expertos, podrán, si quieren y pueden, elaborar su verdad, tan frágil como todas aquellas que conciernen al ser humano y sus expectativas.

En Euskadi tuvo lugar un diálogo indirecto entre una persona condenada por asesinato y el hijo de la víctima, ocho años después del crimen, según contaba *El País* en su edición de 26 de julio de 2010. Fue el propio preso el que recurrió a la Presidenta de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y al servicio de mediación penal de Gipuzkoa; estaba cumpliendo condena, pagaba en exiguos plazos la indemnización y disfrutaba de permisos de salida. Los mediadores contactaron con la familia y explicaron a la viuda y al hijo la situación, el arrepentimiento y la mo-

tivación sincera del condenado. «Me ayuda saber que tiene un pesar, que tiene cargo de conciencia, que le importa. Ver que sinceramente está arrepentido. Al menos, es mejor que pensar que le da igual haber matado a mi padre» declaró el hijo. Según la crónica, condenado y víctima expresaron, cada cual por su lado, idéntica máxima, «con odio no se puede vivir».

Pat Magee y Jo Berry, victimario y víctima, se encontraron en el año 2000, tras los acuerdos de paz sobre Irlanda, que permitieron al primero salir de la cárcel después de trece años. Fue uno de los autores de la colocación de la bomba que estalló durante la celebración del congreso del Partido Conservador en el Gran Hotel de Brighton. Jo Berry es la hija de un parlamentario asesinado en la acción terrorista. La pareja ha llegado a dialogar ante el mismo Parlamento británico y su historia ha dado tema para un documental de la Bbc. Ambos se han convertido en activistas por la paz, a partir de la experiencia del dolor⁴². Algunos amigos prepararon el primer encuentro, después de ciertas dudas, Jo acudió a la cita, así lo cuenta. «La reunión fue de una intensidad extraordinaria, duró tres horas. Durante la primera hora y media Pat se puso el sombrero político: me daba razones y argumentos que justificaban el atentado...Yo no quería culparle, sino escuchar su historia, comprenderle. Pero entonces algo sucedió y Pat me dijo: me gustaría escuchar su dolor y su ira, ¿qué puedo hacer para ayudarla? Ahí empezó nuestro viaje». Magee explica cómo le sorprendió encontrarse con una persona dispuesta a escuchar: «cuando estás cara a cara con alguien a quien has dañado, se abre una nueva dimensión y uno se da cuenta de la pérdida que ha causado y de que también ha perdido una parte de sí mismo y de su humanidad». De sus palabras podemos extraer lecciones sobre la virtualidad del diálogo y de la escucha, algunas que ya hemos descubierto. A propósito de la memoria, Berry dice que «en este viaje hay que pagar un precio, no se puede olvidar. Cada vez que aparecemos juntos, recuerdo muy vivamente la muerte de mi padre». Magee confiesa: «encuentro muy difícil estar junto a Jo, pero sé que he de hacerlo. Poco a poco las fronteras entre nosotros se desdibujan, nos redescubrimos, pensamos juntos sobre el pasado y aprendemos de él, entendemos mejor la medida de la pérdida, tenemos una mayor comprensión del otro».

Estos son ejemplos de la verdad que puede obtenerse a partir de la justicia restaurativa. Aunque parezca poco, es inmenso su valor para

⁴² La pareja ha visitado Euskadi en varias ocasiones; hemos citado las entrevistas que aparecieron en *El País* el 4.11.2006 y en *Público* en la edición del 19.6.2010.

quien sufre en soledad. Pero debe tenerse en cuenta que no hay procesos universales, cada víctima es un pedazo del continente humano, como decía el poeta John Donne del individuo. «Lo importante es convertir el dolor en algo positivo, pero para las víctimas no hay dos caminos idénticos, todos son distintos e íntimos», reflexionaba Jo Berry.

9. *El perdón, la memoria y el olvido*

Otro de los problemas que se plantean es el engranaje de la memoria, un derecho de la víctima, y del olvido necesario en el diálogo restaurador. Julián Ríos propone: «sin memoria no se puede perdonar. Pero el olvido es parte de la memoria, pues si no se puede olvidar no se puede perdonar: el perdón cuando aparece permite el olvido de la parte que más dolor genera».

Lo primero que cabe anotar es la densidad de la memoria como derecho de la víctima, de reciente reconocimiento, que tiene una dimensión personal y otra colectiva. Ya que compromete el derecho imprescriptible de la víctima a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de derechos y, también, el derecho inalienable de los pueblos a conocer la verdad sobre los acontecimientos sucedidos en el pasado, en relación con la perpetración de crímenes aberrantes⁴³. En el siglo pasado se cometieron grandes crímenes contra la humanidad, pero a diferencia de otros tiempos, como indica Derrida, se han hecho visibles, son recordados y relatados, han sido archivados en una conciencia de alcance universal mejor informada que nunca. En esa medida, intuye, la llamada al perdón se ha activado en este tiempo por la presencia en la esfera pública de tales crímenes masivos y sistemáticos. Derrida afirma que la memoria nunca debe adormecerse, ni siquiera al servicio de procesos de reconciliación y paz. En el fondo, piensa que el pasado no pasa, por ello el perdón no puede provocar el olvido; al contrario el perdón exige el recuerdo del mal, de su condición de irreparable y para ello reclama una memoria integral. La hija del senador británico Berry lo reflejaba, el precio del perdón es la memoria, no se puede olvidar. La fragilidad del perdón es fisiológica, como la propia fragilidad de la víctima.

⁴³ Principios 1 y 4 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Ahí está, para atestiguar que los horribles crímenes de derecho internacional no se borran jamás, el gran crimen por excelencia, el genocidio judío, o el de los gitanos y homosexuales bajo el terror del estado nazi, que pretendió hacer desaparecer todo vestigio del mismo, y sin embargo sigue presente en esa memoria hoy globalizada y compartida. Entre nosotros podríamos acudir a los crímenes del franquismo, en especial a los mas graves, las desapariciones forzadas, incluidas la apropiación de niños, y las ejecuciones extrajudiciales, que muchos quisieron desterrar de la historia y de la memoria colectiva.

Nuestra sociedad está embargada por el olvido, que se predica como característica de la posmodernidad. Las víctimas nos desvelan el mensaje, el sentido del deber de memoria, por los vencidos que no tienen quien les recuerde, por los desaparecidos sin nombre. Ni la mediación, ni la justicia restaurativa, ni el propio perdón apelan al olvido. Al contrario, convocan a la ofensa y al agravio, al tiempo que piensan en el dolor de la víctima.

Pero el perdón es distinto del paso del tiempo porque, como mataba Jankélévitch, el tiempo es un hecho que carece de significación moral, a diferencia del arrepentimiento que actualiza una y otra vez el recuerdo de la culpa y se esfuerza en redimirla⁴⁴. Parece evidente que dialogar, comprender y perdonar requieren del recuerdo, porque el olvido hace inútil la intervención restauradora, pues ya pasó.

La memoria no es opuesta al olvido, los términos a confrontar son la conservación y la supresión del recuerdo, como explicaba Todorov⁴⁵. Por lo tanto, la cuestión se resolvería aceptando que la superación del rencor y la liberación del pasado traumático que permita la acción requieren construir el recuerdo, en ese juego de olvido y conservación, desde una perspectiva diferente. En su discurso sobre el abuso de la memoria, Todorov nos ofrece una distinción que podemos aprovechar aquí, entre la memoria literal y la memoria ejemplar; aquella como una reminiscencia anclada en el pasado, es decir anudada o atada a él, la segunda, una memoria que se muestra abierta a la analogía y a la comparación, es decir a madurar y a comprender. La importancia reside en que la memoria es un factor determinante de nuestros sentimientos.

Lo ejemplar del perdón es que pretende romper con el pasado sin olvidarlo; intenta levantar puntos de ruptura que quiebren emocionalmente la linealidad del tiempo, para permitir actuar en el presente y mirar al futuro de otra manera, de tal forma que ese tiempo nuevo sea

⁴⁴ *Le pardon*, citada, p. 52 y 54.

⁴⁵ *Los abusos de la memoria*, Paidós 2000, p. 15.

algo más que una mera prolongación del pasado injusto, una forma de memoria literal que se instala en la perpetuación de la ofensa sufrida; como señala Zamora el perdón debe entenderse como una rememoración de dicho pasado que lo libera del lastre de la culpa, algo parecido a una memoria ejemplar⁴⁶.

10. *Los encuentros restaurativos y la reconciliación*

Derrida se interesa por el perdón, al que dedicó varios seminarios en la segunda mitad de la década de los noventa⁴⁷, a partir de la experiencia de la transición en Sudáfrica y la Comisión Verdad y Reconciliación que presidió Desmond Tutu. Era un momento histórico en el que a propósito de varias transiciones a la democracia habían surgido comisiones de la verdad⁴⁸; así en Argentina la Conadep, que fuera presidida por Ernesto Sábato, en Sudáfrica, en Chile la comisión Rettig, en Guatemala o en Perú. Lo que propició una reflexión sobre la eficacia y la universalidad de los derechos humanos en el sistema mundo, los crímenes de derecho internacional —que en la cultura francesa se sintetizan bajo la categoría de crímenes contra la humanidad, que tiene la virtud de ofrecer el núcleo del problema—, la reconciliación y el perdón. Ese es el contexto de su análisis.

Precisamente en aquellos momentos algún mandatario había expresado, en nombre de su país, un pronunciamiento público de perdón por crímenes horribles, como hizo Chirac en Francia respecto a la deportación de judíos durante el gobierno de Vichy o representantes del Japón en relación a la colonización de Corea. En otros sitios se reprodujeron escenas de perdón, de manera esporádica, como en Australia en el 2008, cuando el parlamento pidió perdón a las comunidades aborígenes por la colonización y la apropiación de niños para que fueran criados por familias de blancos y así, de manera tan brutal, fomentar la integración racial. Derrida hablaba a partir de esas experiencias de una mundialización del perdón, que interpretará como un proceso

⁴⁶ José A. ZAMORA, «El perdón y su dimensión política», en el libro colectivo *El perdón, virtud política*. En torno a Primo Levi, Anthropos 2008, p. 70 y 75.

⁴⁷ Antes hemos citado las dos entrevistas sobre los seminarios en la École des Hautes Études en Sciences Sociales.

⁴⁸ En el derecho internacional la comisión de la verdad es un órgano oficial sin carácter judicial creado para la constatación de los hechos y la investigación de abusos de derechos humanos o del derecho humanitario cometidos con carácter sistemático y masivo durante cierto tiempo; ver el *Conjunto de principios de lucha contra la impunidad* citados arriba.

universal de cristianización que se desentiende de la iglesia para vincularse a otras tradiciones, como el humanismo filosófico, los derechos humanos y el nuevo cosmopolitismo. Fenómeno que evidenciaría, en su opinión, la urgencia universal de la memoria que ha desencadenado la emergencia de aquella categoría jurídica de carácter internacional que es el crimen contra la humanidad, acontecimiento que ha significado un inmenso progreso y una mutación histórica. Ese escenario globalizado del perdón, que fue acompañado de una cierta reafirmación de la cultura de los derechos humanos, tuvo lugar en un momento de crecimiento democrático que coincidió con la caída del muro de Berlín y la disolución de la guerra fría, desarrollándose hasta la aparición del llamado nuevo orden mundial datado a partir de los atentados del 11-s; por lo tanto, fue un fenómeno limitado en el tiempo y que tuvo un retroceso evidente en la década siguiente.

Amelia Valcárcel nos señala una diferenciación útil entre perdón individual y perdón político. El perdón, en tanto manifestación de una relación personal con el otro —que es el espacio natural de la justicia restaurativa, como decíamos—, pertenece al código de lo privado y de la moral, aunque pueda tener una dimensión política. Cuando se pretende trasladarlo al ámbito de la comunidad, de lo público, como si de una especie de perdón colectivo se tratara, ha de recordarse en contraposición el mandato de no olvidar, porque ahí es donde adquiere sentido el deber de memoria, el de testimoniar por los que no pueden hacerlo, por las víctimas y por los desaparecidos⁴⁹. Y esa es una constatación en la que coinciden todos los autores que han tratado el perdón desde la perspectiva de las víctimas de los crímenes contra la humanidad, a los que venimos leyendo en estas notas, de Arendt y Derrida a Ricoeur, de Améry y Jankélévitch a Reyes Mate.

Bilbao Alberdi habla de reconciliación, adecuada eso siempre a la asimetría del conflicto, como recogimos antes, para identificar un proceso paralelo al que persigue la justicia restaurativa. Algo parecido a una especie de reconciliación social que atiende a la ruptura del marco de convivencia entre víctimas y agresores, y sus respectivas comunidades de referencia. Entiende por reconciliación un proceso que restaura, donde lo había, o crea, en su caso, un marco de convivencia o unas condiciones humanas de desenvolvimiento de la vida social y sus conflictividades, que asegure el reconocimiento debido a las víctimas. Componentes esenciales de la reconciliación serían la verdad, una memoria adecuada al sufrimiento de las víctimas —confrontada a la me-

⁴⁹ Citada, p. 126.

moria de los verdugos—, la justicia, el perdón y el acuerdo de convivencia. La reconciliación es responsabilidad de la sociedad, del estado y de los victimarios, no de las víctimas, dice Bilbao, a quienes no puede obligárseles a participar.

La reconciliación va a depender de múltiples factores, algunos relacionados con la entidad del daño sufrido y su impacto emocional, otros con la condición de la víctima según haya sido seleccionada de manera casual o en atención a ciertas prendas o características personales, por ejemplo, su ideología o su profesión, pues aquel puede elaborar su (mala) suerte como un accidente, mientras que si se trata de un pariente del asesinado puede concebir cualquier forma de aproximación al criminal como una traición a la memoria del ausente. Nos hace reparar Bilbao en la figura de la víctima que ha sido también victimario—un dilema moral mayor del que se ha ocupado—, porque puede recorrer el camino en las dos direcciones con una mayor profundidad⁵⁰. La restauración y la reconciliación, opina Bilbao, tienen sentido una vez superado el ciclo de la violencia, después de que se haya alcanzado la paz.

No hay razones, como vemos, para negar la posibilidad de actuar a nivel colectivo con programas de reconciliación como una de las estrategias de reconstrucción del tejido social y de la convivencia ciudadana, al margen o en paralelo al trabajo de la justicia restaurativa, que operaría en un plano inferior, el de la relación entre víctimas y agresores a nivel personal, con objetivos diferenciados y técnicas de intervención diferentes. Pero todo lo que se haga en un ámbito redundará en el otro, dada la necesaria implicación de la vida personal con la comunitaria.

Las víctimas podrán participar si lo desean en cualquiera de esos espacios. Hay que reconocer que cada víctima es un universo, único e irreplicable, con su propia experiencia a cuestas y con su sentido de la dignidad y de la justicia. Y en su entorno, además, funcionan asociaciones y colectivos que son plurales, incluso que están divididos y enfrentados—como se comprueba en los aniversarios y conmemoraciones de la memoria—, que representan intereses políticos e, incluso, algunas parecen asumir la condición de agentes partidistas olvidando su propia responsabilidad y posición en el sistema. Hay que constatar que su opinión, la de los movimientos de víctimas, debe tenerse en cuenta según la racionalidad de sus propuestas y de sus pretensiones. A continuación

⁵⁰ *Por una reconciliación asimétrica*, citada, p. 22 y siguientes; ver también *Jano en medio del terror. La inquietante figura del victimario-víctima*, Galo Bilbao Alberdi, Bakeaz 2009.

abordaremos la cuestión de las víctimas y la lógica victimaria. Pero, su protagonismo es imprescindible. Su significado político, al margen de su comportamiento en la esfera pública, es relevante porque nos señalan la injusticia de la que son portadores, la ilegitimidad de quienes actuaron en su contra. Unos asesinaron y otros fueron asesinados, sin razón alguna.

II. La emergencia de las víctimas

La justicia restaurativa reivindica el papel de la víctima en la gestión de un conflicto que le pertenece, situando así a la víctima en el centro del debate sobre el hecho delictivo. Se trata de una apuesta por su reconocimiento y por la satisfacción de sus intereses. Desde que un sector de la criminología crítica como Christie o Hulsman, denunciaron la sustitución de la víctima por el estado, en la década de los años 1970, las cosas se han transformado de manera radical. A dicho cambio vamos a prestar atención, en la medida que influye sobre manera en el desarrollo de la mediación y los encuentros restaurativos.

Considerado como un fenómeno de nuestra época, las víctimas han ocupado el espacio público, se han hecho presentes, reivindican sus derechos, reclaman atención y no están dispuestas a marcharse. La irrupción de las víctimas ha tenido consecuencias en la configuración del debate público y en los discursos de la política, y, como no podía ser de otra manera, en la criminología, el proceso penal y la política criminal. Algunos cambios que ha propiciado esa presencia son de gran calado.

Es difícil reconstruir el mecanismo que ha hecho posible ese cambio de paradigma. Venimos de un tiempo en el que las víctimas eran invisibles, se veían obligadas a sufrir en el espacio de la familia y de las relaciones personales, en el lugar de lo privado, incluso a callar; como hemos visto esa relegación fue padecida por las víctimas del terrorismo en España a lo largo de muchos años. Reyes Mate ha enseñado, releyendo a Walter Benjamin, que la historia y el progreso avanzaban inexorablemente sobre el dolor humano, despreciando su presencia y sus consecuencias. La conciencia de la historia nunca es la conciencia de las víctimas, dice Sofsky constatando que el pasado ha sido un espacio de legitimación del poder. Sin embargo, ahora el sufrimiento de las víctimas se expone en público, hasta llegar a inundar o saturar de sentido la escena en algunos casos —por ejemplo, los asesinatos terroristas o la violencia sexual sobre menores. Ese dolor adquiere un protagonismo y una significación diferente, significación ética y política. Los discursos

ya no se pueden elaborar sin atender a las víctimas, la justicia no puede seguir construyéndose, ni siquiera en negativo, sin percibir la injusticia que soporta la persona de la víctima, sin acompañarla y abordar su sufrimiento⁵¹.

1. *Buscando el origen y las razones de un cambio epocal*

Hay múltiples descripciones del origen del fenómeno. Las más convincentes atienden, de un lado, a la evolución de la política, que se convierte en mera gestión de lo constituido, y en el fracaso de los movimientos que buscaban la emancipación del ciudadano/súbdito y de los pueblos oprimidos, un relato en el que las personas sufrientes podían esperar su redención a través del cambio social. No en balde, las dos últimas décadas del siglo veinte fueron escenario de la llamada revolución conservadora, primero en el mundo anglo-norteamericano, luego en Europa, que supuso el triunfo de las políticas neoliberales y el principio del desmontaje del llamado estado del bienestar, que proveía de seguridad (social) en el trabajo, ante las contingencias de la enfermedad y de la vejez, en el acceso a la educación y la vivienda. Proceso que culminó con la implosión del bloque llamado comunista, y la disolución de alternativa al único sistema social posible, el del mercado. Pudiera pensarse que la estrategia victimista permite acceder a privilegios, antes servicios que el estado prestaba, que la nueva situación ha desplazado a la responsabilidad del individuo y a la iniciativa privada. También porque se va imponiendo de manera implacable la idea de que no hay responsabilidades colectivas; así ha triunfado el concepto de individuo construido como artefacto en la modernidad, que está desencadenando que todos deban procurarse sus propias necesidades sin esperar de lo público o de las instituciones, según la leyenda de que cada uno es autor (exclusivo) de su desgracia.

Otra narración pone de manifiesto la existencia de varias formas de violencia; una primera, privada y subjetiva —que se percibe y se experimenta como tal al percibirse con facilidad la acción, el autor y su resultado—, la segunda de carácter simbólico que sustenta el lenguaje y, por fin, la violencia sistémica, la violencia pública, la que desencadena

⁵¹ Reyes Mate ha estudiado la cuestión en *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, Anthropos 2008, que hemos citado antes. Wolfgang Sofsky aborda el problema desde la perspectiva de la violencia y del dolor, para afirmar que las víctimas son sistemáticamente borradas de la memoria colectiva, *Tratado sobre la violencia*, Abada editores 2006, p. 62.

el sistema social y económico, que en contraposición a aquella puede llamarse violencia objetiva. Pues bien, solo resulta visible, solo se nos desvela, la violencia subjetiva, la que tiene lugar en la vida de relación, que presenta una víctima fácilmente identificable⁵². Las otras formas de violencia —fruto de la explotación que produce el funcionamiento del sistema— son ocultadas y encubiertas, incluso cuando se encuentran en el origen de catástrofes humanas impresionantes, como son las muertes en la frontera para acceder al paraíso de las sociedades del Norte, ya sea Estados Unidos de América, ya Europa, o las consecuencias de la lucha contra las drogas —sobredosis, enfermedades, corrupción, crimen organizado—, o las muertes producidas por el hambre, la miseria o por la imposibilidad de acceder a medicamentos para tratar enfermedades como el sida u otras epidemias que asolan las sociedades africanas. La violencia anónima carece de rostro. Los medios de comunicación exhiben la violencia subjetiva, aquella que tiene un autor y una víctima reconocible, silenciando —en una lógica encubridora que caracteriza su función legitimadora— los daños provocados por la violencia del sistema, cuyas víctimas son negadas o construidas bajo otras características. De esa manera solo se nos exhiben víctimas y victimarios en una relación binaria que produce la violencia interpersonal. Parece razonable pensar que de esa manera se sobredimensiona un tipo de víctimas del delito, que se hace presente de manera cotidiana y constante en la actualidad y se caracteriza como prototipo de la víctima inocente, tal y como demuestran las políticas de lucha contra la violencia de género o la violencia terrorista, mientras que se niegan otros procesos violentos que obedecen al funcionamiento del mercado y del sistema económico, incluso no se perfilan como víctimas a los perdedores; ejemplo paradigmático de ello son los muertos y heridos en accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad. Estamos ante críticas hoy minoritarias, que ponen en cuestión las categorías al uso como construcciones sociales que reproduce la estructura de poder y dominación.

Hay quienes sitúan el protagonismo de las víctimas en el contexto de una sociedad victimista, en la que el ciudadano ha dimitido de su condición según la lógica consumista, renunciando a intervenir en la toma de las decisiones colectivas y a controlar el poder, mientras que la política ha desaparecido en manos de la gestión. En tal horizonte el individuo demanda y aguarda la tutela del estado, sin querer asumir de-

⁵² El filósofo Slavoj Žižek sistematiza la violencia y atribuye la invisibilidad de la sistémica al pensamiento liberal y a la ideología del capitalismo en su *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Paidós 2009.

beres ni obligaciones; para ello entrega a profesionales especializados el tratamiento de sus problemas y conflictos —médicos, abogados, jueces, psicólogos o terapeutas— y pretende eludir toda forma de responsabilidad, mediante estrategias de infantilización y victimización. Patologías características de la cultura del narcisismo que ha moldeado sujetos conformistas que ignoran el sentido de la deuda y que no comprenden las raíces sociales del sufrimiento que les aqueja⁵³.

Parte de los estímulos que han colaborado a erigir el tiempo de las víctimas procede de saberes especializados en la conducta humana. En el ámbito de la psiquiatría se construyó a partir del año 1980 la categoría diagnóstica del trastorno por estrés postraumático para describir, y así clasificar como enfermedad del espíritu, el estado de ánimo y los síntomas de angustia provocados en la víctima por la privación causada por una agresión; una categoría que procede de la psiquiatría norteamericana y que se identificó en los veteranos combatientes de la guerra de agresión de Vietnam, que así eran presentados bajo la apariencia de la inocencia clínica, pues al medicalizar el problema se atendía exclusivamente a los síntomas subjetivos despreciando las causas y los contextos⁵⁴.

Por otro lado, la criminología tradicionalmente estudió el delito como un hecho relacional en el que intervenían, o interactuaban, la conducta del infractor y la de la víctima, de ahí que se preocupara por analizar el papel de la víctima y su contribución al delito, incluso su culpabilidad respecto a su propia victimización. Mendelsohn llegó a establecer una tipología de víctimas en graduación ascendente por su propia aportación: inocente, imprudente o ignorante, voluntaria, víctima provocadora y víctima infractor o imaginaria⁵⁵. Ese discurso de la victimología convencional se hizo inasumible por la presión del movimiento feminista que denunció, con buenas razones, la injusticia de la culpabilización de la víctima mujer —recuérdense en España aque-

⁵³ La descripción se debe a Pascal Bruckner *La tentación de la inocencia*, Anagrama 1996; respecto a la lógica del individualismo y las transformaciones culturales que ha desencadenado la desconfianza hacia lo público ver *La cultura del narcisismo*, de Christopher Lasch, Andrés Bello 1999.

⁵⁴ Así lo señalan C. ELIACHEFF y D. SOULEZ LARIVIÈRE en *Tiempo de las víctimas*, Akal 2009, p. 34, en su análisis del fenómeno que denominan estrategia victimaria como signo de nuestras sociedades, una estrategia que ha tenido, según reconocen, un distinto impacto en el orden internacional donde han posibilitado la expansión del discurso de los derechos humanos y en el orden interno de las naciones estados, donde aprovechando la debilidad y crisis de las instituciones públicas habrían procedido al asalto de los tribunales mediante asociaciones intermedias.

⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 122.

llas resoluciones judiciales que avergonzaron a la sociedad en transformación de la década de los años ochenta que llegaron a presentar a la violada como una mujer en «disposición de ser usada sexualmente». No obstante, ello propició un discurso diferente en el que la indagación en la conducta de la víctima, siempre construida como inocente, quedó excluida. La nueva victimología que se practica a partir de los años ochenta ubica en el centro de su interés científico las necesidades, requerimientos y derechos de las víctimas, sin confrontar su posición y estatuto —como luego se puso de modo en los espacios de la política criminal— con los derechos de los infractores. Las razones de tal evolución programática se deben a la influencia del feminismo y a la conciencia que supieron alimentar sobre la victimización privilegiada de la mujer, a la prioridad de las políticas de ley y orden —la revolución conservadora que vino a poner fin al estado social— y a la mayor rentabilidad política de esas estrategias⁵⁶.

Es adecuado anotar que la criminología debe a Nils Christie y a Louk Hulsman, pensadores de la corriente abolicionista, el reconocimiento de la exclusión de las víctimas del proceso penal, de su neutralización radical. Christie presentó su famosa tesis «Conflicts as property», en la que defendía que los conflictos (penales) pertenecen a quienes los viven y sufren, porque permiten a las personas aprender y madurar no puede tolerarse que sean gestionados de manera exclusiva y excluyente por terceros, agentes del estado y profesionales del derecho. Su análisis, que tiene treinta años, sigue en vigor y en él podemos detectar el lenguaje y las razones que movilizan al modelo de reparación por el diálogo. «El elemento clave del proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario y reducida a ser mero desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedor por partida doble, primero, frente al delincuente y, segundo —y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importante de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado». En un

⁵⁶ «Victimología», en el libro colectivo citado *De los delitos y de las víctimas*, dirigido por J. MAIER, Ad-hoc 1992, p. 285.

pasaje de su obra más importante, *Los límites del dolor*, retomaba el criminólogo noruego esa imagen afortunada para describir el sistema penal, con una capacidad de evocación brillante: la víctima es un perdedor por partida doble, frente al agresor y frente al Estado, porque resulta excluida de cualquier participación en su propio conflicto, por ello concluía «el Estado le roba su conflicto»⁵⁷.

Las tensiones se hicieron notar en la política criminal y en el proceso penal, hasta el punto que el interés por las víctimas y —de su mano en los programas de política criminal— por la seguridad ciudadana se ha situado en el centro del discurso político y mediático. Las estrategias de control que se han venido imponiendo en el nuevo modelo requieren que se proteja a la sociedad y a las víctimas del delito y de los criminales. Para ello los expertos del sistema penal, criminólogos y penalistas, los profesionales que operan en sus diversos aparatos y que sustentaron el paradigma de la rehabilitación, ya en declive, fueron desplazados de sus áreas de influencia y reemplazados por otros agentes en la conformación de la opinión pública. Así, los actores de la esfera pública mediática se irrogan la representación de las víctimas del delito, los partidos políticos combaten al adversario en el sagrado nombre de las víctimas y los medios de masas exponen la victimización como fuente de legitimación de las narraciones que hegemonizan el espacio. Asociaciones intermedias que representan a diversas víctimas de la violencia figuran entre los protagonistas del debate. El hilo argumental de sus reclamaciones es el dolor y la exhibición del sufrimiento de las víctimas, que viene siempre a demandar la aplicación de grandes dosis de dolor del lado de los delincuentes, de los detenidos y de los acusados. A diario se puede constatar en los grandes medios, de cualquier formato y soporte, ese nuevo discurso que Zaffaroni ha calificado de patibulario.

Se ofrece de esta manera una imagen politizada, en clave de confrontación electoral, de las víctimas, se explota su dolor, se manipulan sus experiencias, personales e individuales, al servicio de mensajes políticos, incluso se reforman leyes al fragor de un hecho luctuoso, un crimen horrible, o simplemente invocando su recuerdo. Y se manifiestan de forma abierta deseos de venganza, no sólo por parte de los familia-

⁵⁷ El texto de Christie, que se ha convertido en un clásico, puede leerse en *Los conflictos como pertenencia*, incluido en la obra colectiva citada *De los delitos y de las víctimas*, p. 157. Su otra obra mencionada es *Los límites del dolor*, FCE 1984, p. 126. En los mismos términos se pronunciaba Hulsman: «El sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él. Desde que un problema cae dentro del aparato de la justicia, deja de pertenecer a los que han sido sus protagonistas, los cuáles llevarán desde ahora y para siempre las categorías de delincuente y víctima», *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel 1984.

res de quienes fueron objeto de la violencia, sobre todo por los actores públicos, políticos, dirigentes de asociaciones civiles y periodistas. La ira y el rencor, bajas pasiones, emociones proscritas hasta ayer del debate público —tan contrarias a nuestra tradición y cultura, en las que han figurado como valores centrales, herencia del cristianismo, la piedad y el perdón—, dominan la escena, en contradicción con el proceso de civilización del sistema penal que modificó las percepciones morales sobre el castigo, haciéndolo invisible, depositando su administración en manos de funcionarios especializados y detrás de los muros de la prisión, para acabar con algo que se empezó a vivir como un hecho bárbaro, el carnaval del suplicio y las reacciones obscenas de las masas que observaban aquellas horripilantes ceremonias que eran las ejecuciones públicas. «La víctima del delito es ahora, en cierto sentido —escribe el criminólogo David Garland, que ha estudiado el cambio de paradigma en el sistema penal—, un personaje representativo cuya experiencia se supone común y colectiva, en lugar de individual y atípica. El sufrimiento de la víctima (frecuentemente una mujer) se representa con el lenguaje inmediato y personalizado de los medios masivos de comunicación y se dirige directamente a los miedos y la ira de los espectadores, produciendo efectos de identificación y reforzamiento que luego son usados política y comercialmente»⁵⁸. La víctima se construye así de manera abstracta y se convierte en el argumento favorito de la fábrica de miedos. Pareciera como si las víctimas hubieran vuelto para vengarse, como anota al margen Garland. Y, sin embargo, los estudios de criminología y las encuestas de victimización han desacreditado la figura de la víctima punitivista o vengativa, algo que quienes han intervenido en procesos de mediación penal han podido constatar con rigor. Nils Christie sostiene como intuición que la demanda de penas severas puede obedecer, más que a sentimientos de venganza, al desprecio que el sistema muestra hacia las necesidades de las víctimas de exteriorizar su sufrimiento⁵⁹.

El fenómeno no solo es complejo sino también contradictorio. El empuje y la vitalidad de las víctimas pueden desenvolverse en múltiples escenarios, incluso contra el poder y sus relatos. Un buen ejemplo es el Movimiento de la Verdad sobre el 11-S en USA (9/11 Truth movement). En su origen, esa plataforma —que hoy agrupa a centenares de profesores universitarios, científicos de todas las disciplinas, desde químicos y físicos a arquitectos e ingenieros, jefes militares jubilados, anti-

⁵⁸ *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa 2005, p. 242.

⁵⁹ *La industria del control del delito*, Editores del Puerto 1993, p. 157.

guos agentes de los servicios de inteligencia y de las agencias policiales— fue un movimiento de víctimas. Por un lado, fueron cuatro viudas jóvenes de Nueva Jersey, llamadas *Jersey Girls*, cuyos maridos habían muerto en la destrucción del *World Trade Center*, quienes empezaron a inquirir y demandar información, a dar la vuelta al relato oficial hasta demostrar, hoy casi un lugar común para cualquier persona informada, que la narración oficial estaba plagada de lagunas y mentiras. Junto a ellas, surgió un movimiento también compuesto por familiares, el *9/11 Family Steering Committe*, que se encargaron de supervisar los trabajos de la Comisión de investigación parlamentaria. Una de las *Jersey girls*, Patricia Casazza decía: «era doloroso. Teníamos que hacer nuestro duelo, sanar. Nuestras familias no querían que hiciéramos esas preguntas, pero una gran parte de nuestra recuperación consistía en saber exactamente lo que había pasado». He ahí el discurso de los derechos humanos: el derecho a la verdad en su dimensión personal y colectiva, verdad como precondition de la justicia, que los *truthers* ejemplifican, precisamente en esa clave de confrontación con los falsos discursos contruidos por el poder⁶⁰.

La sustitución de la víctima por el estado tiene su antecedente en el concepto de pecado como ofensa a Dios, modelo del soberano absoluto que sirve a la centralización del poder, tal y como enseña Delumeau en su obra citada sobre la confesión y el perdón.

Por lo tanto, las causas que pueden ayudarnos a entender el (nuevo) protagonismo de las víctimas son diversas y contradictorias. En una perspectiva bien diferente a las estrategias de ley y orden descritas—que se corresponden con el fenómeno del populismo punitivo y expresan estrategias locales que proponen los gobiernos nacionales ante la incapacidad de gestionar otros problemas de carácter global, como las migraciones o la crisis del sistema financiero— se encuentra el discurso de la ética restaurativa o reconstructiva cuyos valores situamos en el sustento de la mediación reparadora. De cualquier manera, las víctimas están aquí, en la escena pública, han consolidado su presencia a través de la creación de asociaciones intermedias que representan sus intereses y agitan a su favor, así las víctimas del terrorismo, las víctimas de la violencia machista o las víctimas de los accidentes de trá-

⁶⁰ La información puede encontrarse en el libro de Éric Raynaud, *11-S. Las verdades ocultas*, Akal 2010, p. 24 y siguientes; las declaraciones de Cassaza están recogidas en la página 28. Uno de los líderes del movimiento es David Ray Griffin, profesor de historia de las religiones y de teología de Claremont School; de nuevo vínculos entre la ética, la religión y la política, como nos desveló el tema del perdón, conceptos que han devenido en cuestiones transversales.

fico. Como dice Reyes Mate, las víctimas han llegado para quedarse. Además, tenemos que comprender que la mirada de la víctima, su testimonio, es imprescindible para construir la verdad, porque sabe y ha visto algo que está oculto para el observador normal; el modelo que se elige sería el del superviviente de los campos de concentración. El sufrimiento de la víctima se ha hecho visible, la injusticia que le ha sido infligida ya no puede volver a privatizarse⁶¹. La justicia restaurativa, y la concepción moral que la acompaña, pone el acento en las personas, en los seres humanos, en su dignidad y en la necesidad de reparar el mal que han padecido, antes que en reglas o principios abstractos. Frente a la justicia retributiva cuya centralidad es el castigo y la pena de prisión, la moral reconstructiva propone la escucha, el diálogo, el acompañamiento y la protección de la víctima.

Cuando la víctima se enfrenta personalmente al conflicto pasado, al ser llamada y comparecer en el proceso penal, se presenta un ser humano que ostenta un nombre, tiene un rostro, una identidad y necesidades propias, la mayoría de las veces —es algo que aprenden quienes intervienen en procesos de mediación— está alejada de las proclamas y de las reivindicaciones del populismo punitivo y de la venganza. Lo que constataba el criminólogo Louk Hulsman para convencer (eran otros tiempos) de que era preciso buscar alternativas al castigo. «Lo que quieren estas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía...La gente en dificultades y que sufre un pesar tienen necesidad, antes que nada, de alguien que la escuche»⁶². Esa víctima, sin embargo, sigue siendo un marginado del proceso. Todavía no se ha procurado un espacio para que tenga algún protagonismo auténtico. Se le considera desde el primer momento, y como ya hemos señalado, como un medio de prueba sobre el hecho criminal y la participación del imputado. En el proceso penal no hay margen para que el ofendido pueda expresar el dolor y la angustia que le ha producido el hecho violento. Se le convoca y se le interroga. Espera y desespera. Es difícil que logre entender el funcionamiento del juicio penal. En la mayoría de los casos se le conmina a comparecer bajo amenaza de persecución, nadie tiene tiempo para escuchar su relato, se le requiere para que sea breve, para que conteste con monosílabos, pareciera que al sistema no le preocupa su problema. Su voz y su experiencia, que en el concierto público ciertos profesionales de la opinión dicen representar, carece todavía de resor-

⁶¹ *Justicia de las víctimas*, citada, p. 34.

⁶² *Sistema penal y seguridad ciudadana*, citada, p. 109.

tes de acogida y recepción, incluso se ha puesto de moda la práctica de decidir contra su voluntad.

Por lo tanto, podemos identificar una doble realidad en la presencia de la víctima. Por un lado, su nuevo protagonismo público, bien es cierto que al servicio de discursos que reclaman mano dura e incremento de las penas; del otro, su exclusión del proceso penal, incluso cuando se invoca la protección de la víctima como uno de sus fines. Todo ello tiene que provocar necesariamente un desequilibrio de la relación entre el estado, el imputado y el ofendido por el delito. Es así, como señala David Garland, que esa vinculación triangular conflictiva se resuelve aplicando la lógica del juego de suma cero, según la cual cualquier concesión, preocupación o mejora de la situación del imputado o condenado es algo que se le quita a la víctima, una ofensa que se añade a su dolor⁶³. Podemos identificar tal forma de razonar en el argumentario recurrente de ciertas asociaciones de víctimas.

2. *El concepto y las diversas categorías de víctimas; sus desarrollos en el derecho internacional*

La categoría de víctima es usada con tanta profusión como falta de precisión conceptual. En el mismo proceso penal se denomina víctima a una persona, también cuando se ha constituido en parte, antes de que se hubiere procedido a declarar probada la hipótesis fáctica de la acusación, incluso en la fase inicial de la investigación cuando la hipótesis ni siquiera se ha elaborado como tal. Todo ello sin reparar en que la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado en el proceso, impediría hablar en propiedad de víctima hasta que hubiera una sentencia firme. Buen ejemplo de tal imprecisión son el contenido de los artículos 544 bis y ter de la ley de enjuiciamiento criminal que permite a los jueces adoptar durante la instrucción, incluso en el momento inaugural de presentación de la denuncia, medidas cautelares muy diversas de «protección de la víctima».

El punto de partida debe ser el reconocimiento de que solo es víctima la persona que sufre una violencia injusta e ilegítima, una violencia que se ha desplegado sin razón alguna. De esa manera, quedarían excluidos, en una primera lectura, de la condición de víctimas el delincuente condenado que padece la violencia legal que le impone el estado por medio de la pena —ya hablamos de las diferencias y asime-

⁶³ *La cultura...*, citada, p. 46.

trías entre la violencia pública formalizada y la privada— y el asesino que muere al preparar o ejecutar su crimen (el terrorista que halla la muerte al manipular la bomba). Porque carecen de la inocencia que requiere la víctima, aunque su sufrimiento, como señalan los éticos, no deba ser despreciado.

Se plantea si la denominación ha de contraerse a quién sufre el daño que causa el conflicto que denominamos delictivo o también al que padece cualquier otra violencia que proceda de accidentes, actos o males provocados por la naturaleza, que no permiten su subsunción en los tipos penales. Por otro lado, se puede hablar de víctimas y de perjudicados; como señalamos antes, hay víctimas que provocan el delito, víctimas que interactúan y víctimas ajenas o inocentes, incluso seleccionadas por el mero azar; existen delitos contra bienes jurídicos difusos en los que la víctima es una colectividad o un grupo humano amplio o un conjunto despersonalizado; incluso hay delitos sin víctima, que son aquellos en los que la supuesta víctima consiente —paradigma de esa clasificación es el delito contra la salud pública, en el que el consumidor, al que se trata de proteger contra su propia voluntad, resulta perjudicado por la injerencia de los poderes públicos y por la misma prohibición, porque le impiden acceder a la sustancia que consume o conocer su calidad, incluso le confiscan la droga si es sorprendido en plena transacción⁶⁴.

En el ámbito de la violencia terrorista las cosas se complican. Una de las causas de la mayor complejidad técnica es la ausencia de una definición común de terrorismo, ya que no hay consenso al respecto en la comunidad internacional, un lugar común en cualquier aproximación al problema. En este ámbito se puede reseñar, en primer lugar, a la víctima de una agresión injusta que procede de una organización o grupo terrorista, que es el paradigma de víctima inocente instrumentalizada o mediatizada al servicio de los fines de los terroristas, he ahí la maldad intrínseca del terror desde el plano moral. Fines que persiguen dispersar o difundir el miedo entre un sector de la población; de ahí que en su estrategia seleccionen objetivos humanos con diversos criterios, ya atendiendo a ciertas características —como hemos sugerido, el policía o el políticos adverso—, que obligan a la víctima a representar el poder que aquellos combaten, ya procediendo en la selección del ob-

⁶⁴ Entre nosotros esa realidad, molesta para cierta criminología, fue tratada por E. Lamo de Espinosa en *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Alianza 1989, demostrando que la persecución penal de esas conductas encuentra su justificación no en la protección de la salud de las personas sino en una determinada visión moral sobre el vicio y el desorden.

jetivo de manera aleatoria, como mecanismo para «socializar» el terror al promover la identificación de otros muchos con la víctima, bajo el esquema «podría haber sido usted, o cualquiera». Pero, la experiencia española reciente lo indica, hay víctimas de una violencia ilegítima e injusta de grupos privados paraestatales, el caso Gal o sus sucedáneos previos durante la transición y que actuaron hasta el año 1989, que en principio no tenían un explícito encuadre en la delimitación del objeto de la ley estatal 32/1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo («víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana»⁶⁵). Aunque su reparación fue admitida por vía jurisprudencial y su existencia, por lo tanto el reconocimiento público de su sufrimiento, se hizo en virtud de la ley vasca de reparación de las víctimas del terrorismo. Y existe una tercera categoría bien complicada de perfilar moral y jurídica-mente, la víctima que a su vez ha sido victimario, porque formaba parte de la organización terrorista pero sufrió la violencia ilegítima paraestatal o a manos de funcionarios públicos o, incluso, de sus propios compañeros de la organización criminal. Hay quien sugiere, desde proyectos comprometidos con la deslegitimación de la violencia, la justicia debida a las víctimas y con el valor pedagógico de su testimonio, que existe un inmenso caudal restaurativo para la promoción de procesos de reconstrucción de las relaciones sociales, e imprescindible, en el acercamiento y encuentro de ambos grupos de víctimas con miras a compartir la experiencia de la victimización. Una idea próxima a la mediación en el contexto de la justicia restaurativa que nos ocupa⁶⁶.

En cualquier caso, y dejando el tema de la violencia terrorista, el concepto de víctima parece que surgió vinculado al delito y en contraposición al autor del hecho, al delincuente. Dos personas, infractor y víctima, que perfilan los polos del conflicto criminal. Que la víctima solo puede erigirse a partir del victimario y de su conducta, parece algo obligado de admitir. Es recurrente en las reflexiones y ficciones al respecto, el argumento de que la víctima solo es aprehensible o comprensible en su relación con el verdugo o agresor. Posiblemente por ello, de manera paradójica, la verdad de la violencia no reside en el accionar sino

⁶⁵ La reforma del código penal operada por LO 5/2010 ha eliminado la referencia anterior a bandas armadas, dejando la de organización e introduciendo la nueva categoría de grupo terrorista.

⁶⁶ Ver las reflexiones de X. Etxeberria Mauleón y T. Urkijo Azkarate sobre esos temas en el libro colectivo *Con las víctimas del terrorismo*, coordinado por Duplá y Villanueva, ya citado.

en el padecer o sufrir, como explica Sofsky. La víctima, aislada y sometida por el miedo, guarda su experiencia de dolor y enfrentamiento con la violencia, es portadora de una verdad que solo ella conoce. El dolor no se puede comunicar, verbalizar ni representar, solo se puede exhibir o mostrar; el lenguaje, limitado por naturaleza, se queda corto, no sirve como vehículo de reconstrucción de lo vivido, es preciso acudir a la imagen; quizá por ello muchas víctimas de la violencia enmudecen y se refugian en el silencio. El grito, signo del dolor, es mera gestualidad, no transmite mensaje alguno, pues carece de objeto⁶⁷. La exposición de motivos de la ley vasca de reparación y reconocimiento de las víctimas del terrorismo indaga en esa relación con precisión: «Porque el significado político de las víctimas trasciende el hecho mismo de ser víctima. El serlo no es algo buscado, las víctimas no dieron su vida, se la arrebataron».

Razón que explica que la víctima deba ser una persona física, resultando impropio aplicar dicha clasificación a las personas jurídicas. Y ello, esencialmente, porque ha sido elaborada como sujeto de derechos, entre ellos, como veremos, los derechos a la memoria y a la verdad, relacionados íntimamente con la dignidad de la persona, que reconocen las normas de derechos humanos y las constituciones nacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 enuncia, en su primer artículo, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y nuestra Constitución afirma, en su artículo 10, que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento de la paz social y del orden político. La dignidad de la persona es una categoría que se halla en el origen de la concepción del derecho moderno.

Las diversas leyes que han tratado sobre la ayuda y la protección de las víctimas han eludido dar una definición de manera directa. Los textos legales se refieren a quienes han sufrido actos violentos o delitos; así se hace en la ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual o en la ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. La ley 4/2008, de 19 junio, del Parlamento Vasco, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo, que antes hemos citado, aunque no contiene una definición, evidenciando la dificultad de la empresa, supone un avance porque configura su posición jurídica y describe, en su segundo título, los derechos a los que resulta acreedora la víctima, sirviéndose para ello del derecho internacional de los dere-

⁶⁷ *Tratado sobre la violencia*, citado, p. 65 y siguientes.

chos humanos. Su posición jurídica reposaría sobre tres ejes: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. Además, la ley reconoce e incorpora el derecho a la memoria, confiriendo así —según dice su exposición de motivos— singular relevancia a la significación política de las víctimas. Memoria, dice ese preámbulo en expresión feliz, como lugar de encuentro entre la sociedad y las víctimas del terrorismo. La norma es importante porque permite recomponer los contenidos a los que han de responder las políticas públicas en la atención a las víctimas, sobre todo si han sido violentadas por actos masivos o sistemáticos de vulneración de los derechos humanos.

En el derecho internacional y en el derecho europeo podemos encontrar desarrollos importantes en los últimos años para elaborar la posición de la víctima y su estatuto jurídico. Y aunque no se pueda hablar, tampoco aquí, de un concepto homologado, hay elementos suficientes de consenso como para reconstruir una definición aceptable que concrete las obligaciones de los estados de atender a su protección mediante la provisión de justicia, verdad y reparación⁶⁸.

La primera norma internacional fue la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, y ofrecía un concepto amplio que venía a contemplar el daño material y el daño inmaterial, la víctima directa y la víctima indirecta en los allegados y familiares de aquella y en quienes hubieran sufrido al atender o auxiliar a la víctima o tratar de impedir su victimización⁶⁹. En el derecho internacional se reconocen hasta cinco categorías de víctimas: las víctimas de delitos, las de abuso de poder, las de desapariciones forzadas (que cuentan con una Declaración para su protección, resolución 47/133 de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas y con una Convención Interna-

⁶⁸ Seguiremos la descripción detallada que hizo C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ en «*Las víctimas y el derecho internacional*», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XX (2009), p. 3 a 66.

⁶⁹ *Dice esa norma institucional*: «1. Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.»

cional, de 20 de diciembre de 2006, suscrita por España), las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario (el respaldo de estas dos clasificaciones se encuentra en la resolución 2005/35 de la Comisión de derechos humanos de ONU que establece los Principios y directrices sobre sus derechos básicos).

Respecto a los derechos de las víctimas de los delitos, la primera de esas cinco categorías, en el marco de la Unión Europea se recoge una definición similar en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 2001, que establece el estatuto de la víctima en el proceso penal: «la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro». Y en el contexto del Consejo de Europa hallamos esa definición en el Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 24.11.1983. Las otras cuatro categorías se recogen y desarrollan en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario —que regula los conflictos armados—, que establecen con precisión junto a la víctima directa la figura de la víctima indirecta, acogiendo bajo dicha cláusula a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las que hubieren sufrido al intentar prestar asistencia o impedir la victimización. Fórmula que halla una especial significación en las desapariciones forzadas —de adultos y de niños, una categoría del derecho internacional que responde a las experiencias traumáticas de las dictaduras latinoamericanas, de las que España no es ajena—, ámbito en el que la víctima directa tiene dos concreciones; en primer lugar, la persona detenida y hecha desaparecer, en segundo lugar, sus familiares y toda persona física que hubiere sufrido un perjuicio directo como consecuencia de aquella acción (art. 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas). Ese reconocimiento presta atención al hecho de que la desaparición forzada con ocultación de la suerte de la víctima afecta de modo directo e intenso a su entorno familiar y personal, porque persigue dispersar el terror en dicho círculo. La Sentencia Velásquez contra Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29.7.1988, que construyó el nuevo paradigma de la desaparición forzada, exponía con claridad esa terrible realidad: «su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido como víctimas direc-

tas a los familiares del desaparecido y ha declarado que la tolerancia, omisión e inactividad del estado en la investigación de los crímenes de lesa humanidad por desaparición forzosa, o en la adopción de medidas para que cese la injusticia, constituyen un trato inhumano y degradante sobre dichas víctimas prohibido por el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencia Kurt contra Turquía, de 25.5.1998, que justifica su decisión en «la incertidumbre, duda y aprensión sufrida por el recurrente durante un prolongado y continuo periodo de tiempo le causó un severo sufrimiento mental y angustia...por la desaparición de su hijo...imputable a las autoridades»).

Tras esta breve acotación sobre el derecho internacional y europeo, cabe sostener que existe un estatuto jurídico de la víctima que reconoce y declara un amplio catálogo de derechos —que implican la obligación del Estado— entre los que destacan el derecho de acceso a la justicia mediante la provisión por las autoridades de una investigación oficial y efectiva, el derecho a la verdad para conocer con precisión el hecho violento y sus responsables, el derecho a una reparación adecuada, debiendo ser la víctima objeto de un trato humano y respetuoso con su dignidad, que comprenda la restitución, la indemnización del daño, la satisfacción y la garantía de no repetición, y el derecho a la memoria, que abraza el reconocimiento público, conmemoraciones y homenajes y el fomento de una memoria colectiva que exalte los derechos humanos y deslegitime la violencia.

Pues bien, en ese contexto aparece con fuerza la necesidad de habilitar un protagonismo a las víctimas en el proceso penal, que reconozca su dignidad y su capacidad de autodeterminación, su condición de ciudadano y su potestad para tomar decisiones respecto a cómo debe ser atendido y tratado después de la experiencia de la victimización. Sin miedo a que su presencia activa desequilibre el sistema procesal penal, pero prestos a identificar y neutralizar las miserias y contradicciones que las buenas intenciones y las malas prácticas —moneda al uso en el sistema— provocan en el tratamiento de las víctimas.

Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011

Concepción Sáez Rodríguez
Secretaría Judicial

1. Información previa¹

Lo primero que hay que destacar es que las fuentes² de que se nutre este estudio son, como puede observarse, diversas en su contenido y en su finalidad. Todos los documentos manejados y analizados consti-

¹ Este documento está integrado mayoritariamente por la aportación de su autora a los trabajos del Grupo de Investigación de Mediación Penal en el marco de las actividades de formación continua en el Consejo General del Poder Judicial del año 2010.

² Se han utilizado como materiales para la elaboración de este documento las siguientes fuentes de información:

- El *Informe sobre los servicios de mediación penal de 2008* de la Dirección de Ejecución Penal. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.
- La *Memoria del Servicio de Mediación Penal del año 2009*, del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del Gobierno Vasco.
- La *Evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio-Diciembre de 2007)*, de marzo de 2008 y el informe *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008-Septiembre 2009)*, de diciembre de 2009, ambos realizados por Gema Varona a iniciativa del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.
- El *Informe sobre los servicios de mediación penal de 2008* de la Dirección de Ejecución Penal. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del Gobierno Vasco.
- Los *Programas (Memorias) de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, correspondientes a los años 2008 y 2009*, de la Dirección General de Ejecución Penal, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.
- Los *Informes de evaluación cuantitativa de la Dirección General de Ejecución Penal del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Años 2008 y 2009*.
- Los *Resultados de la encuesta de satisfacción a los usuarios y usuarias del Servicio de Mediación Penal, año 2008*, de la Asociación Benestar i Desenvolupament. Barcelona, enero de 2009.

tuyen singulares elaboraciones que permiten una aproximación parcial al estado de la mediación penal que se está realizando en España desde distintos ángulos y dispares propósitos. Lo que aquí se ha pretendido es conjugarlos, armonizando sus numerosos datos y dispares propósitos, poniéndolos al servicio del objetivo pretendido en este documento elaborado para su presentación en estas VIII Jornadas Penales en el Curso Homenaje a José María Lidón en las que se quiere enmarcar, para realizar una descripción, lo más fiel y actualizada posible, de los diversos grados de desarrollo e implantación de la mediación penal en España, que represente algo más que la mera enumeración o adición de experiencias o a la sola descripción valorativa de todas ellas.

Con este estudio se ha tratado, pues, de ubicar la mediación en el lugar que ocupa en la realidad judicial y en la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales del orden penal, evaluando su rendimiento en los términos que su especial naturaleza demanda, a fin de elaborar conclusiones que orienten y sitúen apropiadamente a quienes pretendan conocer de primera mano el momento presente de la mediación penal en el estado español y vislumbrar sus opciones de futuro.

Para completar la información que da nombre a este epígrafe, creemos de interés hacer una referencia, siquiera breve, al recorrido realizado por la mediación penal con adultos practicada en España.

Desde el año 1998 se viene desarrollando en **Cataluña** el Programa Marco de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, por el **Departamento de Justicia de la Generalidad**. En aquel momento, el proyecto iniciado fue pionero en la implantación y desarrollo de la mediación penal, conformado fundamentalmente en torno a las Recomendaciones del Consejo de Europa que, desde 1983, pretendían incentivar a los estados miembros para que tuvieran en cuenta las posibilidades que ofrece la mediación penal en las relaciones entre víctima

-
- El *Informe de gestión de los Juzgados incorporados al proyecto de mediación penal*, así como el *Listado completo de los juzgados que hacen mediación*, del Servicio de Planificación y análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Primer y segundo semestre de 2009.
 - El informe *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, elaborado por Julián Ríos y otros, a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ.
 - Las *Encuestas de opinión elaboradas en junio de 2010* por el Grupo de Investigación en Mediación Penal dirigido por Ramón Sáez en el marco de las actividades de formación continua del Consejo General del Poder Judicial, año 2010.
 - El *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Bloque IV. Capítulo 10. Justicia reparadora: mediación penal para adultos y juvenil. Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya. 2011. <http://www.llibreblancmediacio.com/>

e infractor y los beneficios potenciales que proporciona a la víctimas de las infracciones penales. Desde el año 2000, la mediación penal que se desarrolla en la comunidad autónoma catalana está concebida en tanto que un servicio gestionado por la entidad privada «Asociación para el Bienestar y el Desarrollo» (ABD), en virtud de un convenio suscrito con la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, con carácter público y gratuito. De sus avances y resultados se dará cuenta en las páginas siguientes.

A partir del estudio de las experiencias ya existentes, como la que se estaba desplegando, según se acaba de indicar, en Cataluña, o la que se venía realizando, también desde 1998, por la Asociación Apoyo de Madrid en el ámbito de la mediación comunitaria con drogodependientes, a iniciativa de diversos profesionales del derecho penal y con la supervisión y coordinación del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), se comenzó desde noviembre de 2005 a trabajar en la puesta en funcionamiento de una **experiencia piloto** de mediación penal de adultos en **el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid**, que se desarrolló hasta enero de 2007. Con el apoyo del mencionado Servicio de Planificación del CGPJ, la experiencia se extendió e implantó en un importante número de órganos judiciales que actualmente, con datos fechados en el segundo semestre de 2009, el CGPJ —responsable de su coordinación y supervisión—, cifra en 170, y también sirvió de referente para la organización y despliegue del programa piloto en Baracaldo, embrión de lo que poco tiempo después constituiría el Servicio de Mediación Penal del País Vasco, al que a continuación nos referiremos.

El estudio y análisis de la actividad desarrollada por los diversos órganos judiciales que participaron en el Proyecto de Mediación Penal, en el espacio temporal **de 2005 a 2008**, dio lugar al **trabajo de investigación impulsado por el CGPJ** dirigido por el profesor Julián Ríos que hemos reseñado más arriba y al que se harán frecuentes referencias a lo largo de este documento.

En julio de 2007, como se ha dicho, fue creado el primer **Servicio de Mediación Penal** en Baracaldo, **dependiente de la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno vasco**, en el marco de la experiencia coordinada por el repetido Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ. Meses después se puso en marcha el Servicio de Mediación Penal en Vitoria-Gasteiz. Simultáneamente se desarrollaba otra experiencia en el Audiencia Provincial de Guipúzcoa así como en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Bilbao. En Octubre de 2008 comenzaron

su andadura dos nuevos Servicios de Mediación Penal en Bilbao y en Donostia.

Todos los Servicios de Mediación Penal en Euskadi que trabajan a día de hoy a pleno rendimiento, se hallan encuadrados en los «Servicios de Cooperación con la Justicia» integrados por el Servicio de Atención a las Víctimas, el Servicio de Asistencia al Detenido y el Servicio de Atención a la Reinserción, dependientes de la Dirección de Ejecución. Del desarrollo y evolución de los Servicios de Mediación en el País Vasco, muy notables cualitativa y cuantitativamente, se hace partícipe al CGPJ por medio del Servicio de Planificación y Análisis ya mencionado.

Aunque a partir de la lectura de las siguientes páginas pueda parecer superflua, creemos importante incorporar aquí una última información de interés: la mediación penal que aquí hemos contemplado, la mediación penal que en este documento se describe y analiza, la que ha merecido y merece nuestra atención y estudio en este trabajo de investigación, es la que se está realizando, en el marco temporal y territorial que describiremos, **dentro del proceso penal**, incorporada al devenir procedimental —en todas sus fases procesales— de las causas por delito y por falta, en el derecho penal de adultos, y engarzada indisolublemente en el **ideario restaurativo**. Las elaboraciones teóricas que pretendidamente afrontan la mediación penal de adultos al margen del procedimiento penal, desgajada del ámbito jurisdiccional, no tienen reflejo alguno en este estudio.

2. La mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa: su incidencia sobre los criterios de evaluación y situación de la actividad judicial. Indicadores de éxito y de riesgo

A falta de normativa interna (cuya carencia —su trascendencia y efectos— recorrerá permanentemente las siguientes páginas), que defina o al menos centre el concepto de mediación, y a partir del contenido de las diversas normas internacionales que se ocupan de la justicia restaurativa, ésta puede ser definida como una justicia que promueve un encuentro voluntario y dialogado entre las partes para tratar de la interdependencia de sus necesidades e intereses tras la comisión de un hecho delictivo, y que para ello parte de las necesidades de las víctimas, que comprenden el trato digno, la protección, la información, la asistencia, el acceso a la justicia, la reparación y la recuperación.

Este especial interés por atender y proteger los intereses de las víctimas no se quiere olvidar del infractor o asegurarse a su costa. En los

sistemas de justicia de las sociedades occidentales, las aportaciones de los ideales de la Ilustración forman parte de nuestro patrimonio, de nuestras señas de identidad colectiva; en tal sentido, atender a las víctimas no debe implicar una renuncia a los derechos sustantivos y las garantías procesales del imputado, que —originarias del espíritu ilustrado— han acompañado, aun con altibajos, el desarrollo y devenir histórico de los estados democráticos y de derecho en el mundo occidental.

Desde esta perspectiva, la Mediación Penal es concebida como herramienta de la justicia restaurativa caracterizada por hacer posible conciliar ambas concepciones y hacer realidad la incorporación de principios y criterios restaurativos a los sistemas de justicia basados en postulados retributivos. Esta nueva mirada, esta novedosa perspectiva aplicada al proceso penal en que se desarrolla la mediación, transforma los criterios y las pautas a partir de los cuales se vienen midiendo y evaluando las actuaciones judiciales. La apreciación de los aspectos cualitativos de la actividad y su valoración coordinada y conjunta con los tradicionalmente empleados y valorados, los cuantitativos —que a su vez son también en buena medida afectados en su conceptualización—, no representa una simple adición de factores sino una innovadora forma de medir y estimar el desarrollo de la actividad realizada en nuestros Juzgados y Tribunales.

Así pues, y como quiera que la justicia penal afectada por la práctica de la mediación no puede continuar midiéndose exclusivamente con criterios retributivos, han de adoptarse instrumentos innovadores para proceder a su correcta y eficaz evaluación.

Los **indicadores de éxito** comúnmente utilizados y reconocidos a nivel internacional distinguen entre criterios cuantitativos y cualitativos. Entre los primeros pueden citarse tres: 1. La reducción de la delincuencia (medida en términos de disminución de la reincidencia) y de la población reclusa. 2. La disminución de los índices de victimización, y 3. La valoración coste/eficacia. Entre los cualitativos se barajan: 1. La satisfacción de las partes, especialmente las víctimas. 2. El mayor respeto a los derechos humanos de los implicados. 3. La aceptación pública. 4. Mayor cohesión social.

La determinación de los **indicadores de riesgos** potenciales quiere contribuir a la adopción de medidas preventivas que los eviten. Así, se diferencia entre los que pueden afectar a la víctima de los que pueden concernir al infractor. Entre los primeros se señalan: 1. El aumento de la victimización en cuanto su práctica suponga para las víctimas una carga más y venga a incrementar su miedo al delito. 2. La eventual presión que aquéllas puedan ejercer —con razones o incluso sin ellas— para

aceptar su intervención en el programa de mediación. 3. Las dificultades, en su caso, para salvaguardar la seguridad de las víctimas. 4. El incumplimiento de los acuerdos adoptados. Por su parte, los infractores pueden verse perjudicados al menos en cuatro hipótesis: 1. Cuando la censura o el reproche expresado a través de la mediación no es reintegrativo (al tratarse, por ejemplo, de víctimas revanchistas o, su antítesis, excesivamente indulgentes). 2. Al afrontar las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento. 3. Si significa para ellos una mera escapatoria de la justicia penal convencional. 4. Si se vulneran sus garantías sustantivas y procesales. 5. Si se produce una ampliación negativa de la red penal³ con una estigmatización innecesaria, en especial en aquellos infractores —la mayoría en el segmento de delitos en que se viene aplicando con más frecuencia la mediación— pertenecientes a grupos sociales especialmente vulnerables o excluidos.

3. Descripción y análisis de los proyectos y programas piloto

Dejando al margen en este concreto epígrafe la mediación penal que se practica institucionalmente en las comunidades autónomas de Cataluña y el País Vasco (a las que se dedicará el siguiente), nos ceñiremos a la actividad mediadora desarrollada —sobre la base de los antecedentes ya mencionados en Cataluña desde hacía algunos años antes— a partir del programa piloto desplegado en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, que sirvió en buena medida de referente para la implantación de la mediación penal en otras zonas del territorio español.

El proyecto se gestó en noviembre de 2005, como consecuencia de unas reuniones de trabajo realizadas con el objetivo de elaborar un protocolo de intervención procesal para la puesta en funcionamiento de una primera experiencia con miras a su ampliación a todos los demás órganos jurisdiccionales que se manifestasen interesados⁴. Se fijaron dos objetivos. El primero, elaborar un protocolo para integrar la mediación dentro del proceso penal, en sus diferentes fases y explorar su viabilidad, no sólo como sistema eficaz de resolución del conflictos, sino también como forma de garantizar los derechos fundamentales

³ El denominado «efecto net-widening».

⁴ El grupo de trabajo se formó por el magistrado Ramón Sáez, los fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente, M.^a Jesús Raimundo y Félix Pantoja, la secretaria judicial Concepción Sáez y los abogados especializados en mediación, Esther Pascual, Rosa Garrido, Alfonso Bibiano y Julián Ríos.

reconocidos en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El segundo, en su caso, extender y ampliar la experiencia de mediación penal a los órganos jurisdiccionales de todas las comunidades autónomas que fuere posible, con el objetivo de informar y sensibilizar a los operadores jurídicos y a la ciudadanía en general acerca de este instrumento puesto a su disposición para la resolución de aquellos conflictos materializados en ilícitos penales entre adultos.

Concluido un primer protocolo de trabajo para la fase de enjuiciamiento a desarrollar en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, la experiencia se llevó a cabo en este órgano jurisdiccional desde noviembre de 2005 a enero de 2007, con la supervisión del Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial, previo acuerdo con el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

A continuación, y también en Madrid, se decidió iniciar la experiencia en la fase de instrucción y enjuiciamiento de faltas. De ello se ocuparon los Juzgados de Instrucción números 32 y el 47⁵. En septiembre de 2006 comenzó la experiencia, que en este momento se mantiene en el Juzgado de Instrucción número 32. En enero de 2007, se inició la experiencia en la fase de ejecución en el Juzgado de Ejecuciones número 4 de Madrid⁶.

Constatados los más que prometedores resultados obtenidos en estas experiencias piloto se extendió la práctica de la mediación a lo largo del territorio nacional en diversos y numerosos órganos jurisdiccionales, coordinados y valorados desde el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ. El análisis conjunto de buena parte de estas experiencias, realizadas desde el año 2005 hasta el 2008, dio como resultado el informe «Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)», a que se hace referencia en la relación de fuentes enumerada en la nota 2, y al que nos vamos a ceñir en este concreto apartado⁷.

⁵ Sus magistrados, Santiago Torres y José Díaz, respectivamente, junto con los fiscales Justino Zapatero, Eduardo Esteban y César Estirado y los secretarios judiciales Guillermo Vázquez y Carlos Vaquero, elaboraron asimismo un protocolo de intervención.

⁶ Gracias al apoyo de su magistrada María Jesús Coronado y de las fiscales María de la O Silva y Beatriz Sánchez.

⁷ Con los datos recabados de la práctica de la mediación penal en los siguientes órganos jurisdiccionales: Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid, Juzgado de Ejecutorias Penales número 4 de Madrid, Juzgado de Instrucción número 3 de Pamplona, Juzgado de Instrucción número 13 de Sevilla, Juzgado de Instrucción número 2 de Calatayud, Juzgado de Instrucción número 4 de Zaragoza, Juzgado de lo Penal número 3 de Jaén, Juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián, Juzgado de Instrucción número 1 de Bilbao.

Cabe afirmar que la mediación penal practicada con arreglo a los protocolos y documentos de intervención elaborados ha generado unos resultados que cualitativa y cuantitativamente superan las más optimistas expectativas. Incluso en aquellos casos en que no se logra alcanzar todos los objetivos propuestos, se manifiesta positiva, desde la perspectiva de las víctimas, para satisfacer sus legítimos intereses y dar cobertura a sus necesidades y desde el punto de vista del infractor, al implicar un plus en su grado de responsabilización, tanto en términos jurídicos, reconociendo y reparando el perjuicio material causado, como éticos porque la asunción del perjuicio causado permite en muchos casos la reconducción de su propia vida por sendas de normalización conductual y de respeto al ordenamiento jurídico. Resulta igualmente destacable que muchas mediaciones terminadas con éxito no se ciñen exclusivamente al concreto ámbito en que se desarrollan, de manera que en más del 70% de ellas el conflicto no solo logra ser superado y las heridas derivadas del mismo desaparecen, sino que despliega sus efectos positivos incluso en otros procedimientos judiciales que se tramitan entre las mismas personas en conflicto. De ahí otra de las virtualidades no siempre reconocidas a la mediación: conseguir, en la medida en que los implicados así lo deseen, profundizar en otros conflictos y actuar de tal manera a nivel preventivo, mirando al futuro.

En suma, de todo lo analizado en dicho informe (sobre cuyos datos concretos se insistirá más adelante), resultó evidente que la incorporación al sistema legal vigente de la mediación no hace sino producir ventajas para todos. En primer lugar, para el propio sistema penal porque minimiza costes, burocracia y obtiene resultados insospechados y, desde luego, inalcanzables desde el sistema penal convencional. En segundo lugar, desde el punto de vista de la víctima, porque la sitúa en el centro de atención, se le evitan sufrimientos estériles y se le asegura su derecho a la verdad, a la reparación del daño y a ser atendida en cualesquiera otras necesidades cuya existencia resulta posible detectar y resolver a través del propio proceso mediador. Desde la perspectiva del infractor, porque le ayuda a responsabilizarse, reduciendo el margen de reincidencia y se posibilita la atención de necesidades no cubiertas hasta ese momento (como, por ejemplo, el inicio de un tratamiento terapéutico).

Finalmente, del informe de estas experiencias a nivel interno se concluye lo que viene siendo una constante en quienes conocen y practican la mediación penal intraprocesal: la imperiosa necesidad de complementar el vigente sistema penal con su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de manera generosa, amplia y, sobre todo, flexible, para evitar que una reglamentación innecesariamente rígida

pueda acabar esclerotizando una herramienta que reclama ductilidad y agilidad para ser realmente eficaz, y contribuir al cumplimiento de sus fines.

4. Los servicios de mediación penal en Cataluña y en Euskadi

Como se ha indicado antes, **el Programa de Mediación y Reparación en la Jurisdicción Penal de Cataluña** (PMRP) fue creado a finales del año 1998 por el Departamento de Justicia de la Generalidad desde la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia juvenil.

Aunque quepa señalar como antecedentes otros proyectos desarrollados por distintas Oficinas de Ayuda a la Víctimas, como la de Bilbao o la de Las Palmas de Gran Canaria, o por el Instituto de Criminología de Málaga, o —de forma más destacada y prolongada en el tiempo— el proyecto desarrollado por la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Valencia, creado en 1985 y que con vaivenes y altibajos funcionó hasta 1996⁸, el PMRP se concibió como una experiencia iniciada con el propósito de recoger las tendencias más asentadas de política criminal en el derecho comparado (contemplando como referencias la actividad mediadora regulada en países como el Reino Unido, Bélgica o los EE.UU., con niveles de profundización institucional y arraigo social y popular muy notables) y responder a los requerimientos de organismos internaciones (desde Naciones Unidas hasta diversas instituciones europeas, particularmente, el Consejo de Europa).

La experiencia fue muy positivamente valorada desde sus inicios, lo que impulsó a los responsables políticos a dotarle de continuidad y permanencia. El Decreto 284/2002, de 19 de noviembre de estructuración y reestructuración parcial de varios departamentos de la Generalidad catalana, lo hizo depender del Servicio de Medidas Penales Alternativas, dotándolo de más medios e infraestructuras al desarrollo del Programa.

Actualmente el PMRP se halla gestionado por la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal del Departamento de Justicia; en tanto que servicio público y gratuito garantiza plenamente el acceso a todos los ciudadanos que lo deseen. De su consolidación y definitiva implantación en la organización de la justicia penal catalana da cuenta

⁸ *La mediación reparadora como estrategia de control social*. Gema VARONA. Comares, 1998.

el incremento de adhesiones de órganos y partidos judiciales a su Protocolo de actuación y el aumento de demandas oficiadas, particularmente intenso en los tres últimos años⁹.

Además del Programa Marco de Mediación y Reparación, que cubre todo el territorio catalán, existe un Programa específico que se aplica al Centro Penitenciario de Ponent, en Lérida, de mediación y resolución de conflictos en entornos penitenciarios¹⁰.

El proceso de mediación tal como está concebido en Cataluña (y ya veremos que no sólo allí), se puede realizar en tres momentos procesales distintos: antes del juicio; después de la sentencia, previamente a su ejecución; y en fase de ejecución de la sentencia. El impacto que la mediación realiza en el concreto procedimiento judicial viene determinado por el momento procesal en que se realiza y por el concreto contenido de los acuerdos.

El inicio del proceso se verifica de oficio desde el órgano judicial, o a instancia de la Fiscalía, o de las partes o sus letrados; incluso se prevé que la demanda se curse a través de otros canales como centros penitenciarios y servicios técnicos que eventualmente puedan estar atendiendo a las partes (servicio de atención a las víctimas, servicio de medidas penales alternativas, y otros). Recibida la solicitud, el Equipo de Mediación, tras contactar y entrevistarse con los implicados, valorará su

⁹ Ver, en la Memoria del año 2009, su descriptivo gráfico en la página 2. Ciertamente, las cifras a menudo son engañosas, lo que más y mejor facilita el pronóstico son aquellos datos que muestran tendencias, como es este caso, por ello discrepamos de la ilación entre el número total de órganos penales en Cataluña y los que, de ellos, hacen mediación penal, que se hace constar en el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña y la consecuencia que de ello se pretende derivar, como se explica en la nota 13.

¹⁰ Sobre este Programa fue realizada en 2008 una interesante investigación, promovida por el Centro de Estudios jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) de la Generalidad de Cataluña, con el objetivo de comprobar empíricamente el impacto de un proceso de mediación sobre la reincidencia posterior de los infractores, y la incidencia del Programa sobre la reducción de la Criminalidad y el Conflicto Social, y medir la calidad del proceso valorando el grado de satisfacción de los intervinientes en la Mediación Penal, infractor y víctima. Los resultados fueron publicados por el CEJFE en el número 41, de febrero de 2008, del «Butlletí de difusió de recargues», al que nos remitimos. Creemos, no obstante, importante destacar de este informe dos datos de interés: 1. La reincidencia en la muestra estudiada no se produjo en un 74,7% de los casos; los condicionantes que generan un mayor índice son que la duración del programa de mediación sea baja, que el sexo del infractor sea el masculino y que los delitos sean graves o haya presencia de agravantes en el delito cometido; y 2. La media de satisfacción entre los intervinientes fue superior al 71%. El 84% de las víctimas y el 83% de los infractores recomendarían la participación en un programa de mediación. Los acuerdos que implicaban satisfacción psicológica fueron los que se relacionaron con un nivel de satisfacción más elevado.

viabilidad en atención a diversos factores como la voluntad participativa de aquéllos, su capacidad, su nivel de implicación en obtener una solución positiva a su conflicto y el interés de las víctimas en ser reparadas o el grado de responsabilización que esté dispuesto a asumir el infractor.

Las mediaciones que se practican pueden ser, según las circunstancias, directas o indirectas a partir de la visión global de las partes y del conflicto alcanzada por los mediadores que desvelará si se dan las condiciones para un encuentro directo entre las partes o resulta más favorable realizar el contacto de forma indirecta. Como veremos más adelante, se observa en los últimos años una tendencia a favor de realizar mediaciones indirectas.

Los acuerdos de reparación contemplan posibilidades que van más allá de la reparación material o económica y se concretan en actividades como la realización de tareas determinadas o la reparación moral-psicológica-relacional: disculpas, explicaciones y/o compromisos de futuro.

Los beneficios derivados de la participación en el proceso de mediación para los intervinientes y para el propio sistema de justicia penal son contrastados y contenidos en las sucesivas Memorias del Servicio: para la víctima se derivan de su participación en el proceso de mediación, y son tan amplios o variados como las propias características que cada caso concreto hacen posible; sin embargo, pueden describirse aquéllos que con carácter general se detectan a partir de los procesos de mediación: la posibilidad de expresarse, de explicar sus sentimientos, de ser escuchada y respetada; de recuperar su tranquilidad personal, de aprender a elaborar su particular duelo; de ser reparada en la medida y forma que resulte más ajustada a sus personales necesidades. Para el infractor, se aprecia que le permite reflexionar —en un espacio respetuoso— sobre su comportamiento y tomar conciencia de las consecuencias de sus actos sobre un ser humano concreto, sobre la víctima perjudicada por su conducta, cuyas necesidades y expectativas reales tendrá ocasión de conocer. A ambas partes, en suma, se les permite controlar y resolver su propio conflicto. A la administración de justicia, se le dota de una herramienta útil para la individualización de la respuesta judicial, contribuyendo a aumentar su eficacia. El eventual ahorro de trámites procesales y de costes también se baraja como ventaja asociada al proceso de mediación penal. Finalmente, entre los beneficios derivados de la mediación incorporada al sistema de justicia penal para la sociedad, destaca su contribución al acercamiento de la justicia a los ciudadanos favoreciendo, al tiempo, el restablecimiento de la paz social.

El **Servicio de Mediación Vasco** (SMV), como ya se ha mencionado, fue creado en julio de 2007 a partir de la experiencia piloto desarrollada en Baracaldo en aquellas fechas que a su vez se nutría de la desplegada hasta aquel mismo año en el Juzgado Penal número 20 de Madrid. Sus extraordinarios resultados —medidos y valorados en el informe realizado por la profesora Varona que llevamos reseñado— propició la puesta en marcha del Servicio en Vitoria-Gasteiz y determinó su consolidación definitiva con los Servicios de Mediación Penal que desde octubre de 2008 funcionan en Bilbao y en Donostia.

El SMV ha sido concebido y organizado desde parámetros de justicia restaurativa, concibiendo la mediación penal como herramienta restaurativa, de carácter alternativo en sus métodos pero engarzada en la estructura del sistema penal, con vocación de servirle de complemento desde los principios de la justicia restaurativa. Partiendo de tales objetivos, vincula su eficacia al compromiso de los operadores jurídicos, buscando y propiciando la creatividad y comunicación entre todos para contribuir a su mejora.

El SMV está diseñado para introducir la mediación en las diferentes fases del procedimiento penal, instrucción, enjuiciamiento y ejecución. Más adelante comprobaremos las dificultades que provoca la carencia de regulación legal para su implementación de forma homogénea en el proceso, pese a la confección de protocolos y la asunción de compromisos y acuerdos por parte de los operadores jurídicos que la realizan (fenómeno que igualmente se observa en Cataluña).

El proceso de mediación se desarrolla por medio de las dos clases de mediación que se practican, las directas y las indirectas, aunque como más tarde veremos parece constatarse si no la mayor frecuencia, al menos sí la mayor eficacia y conveniencia de la mediación directa.

En cuanto a los tipos penales, se ha tenido en cuenta la normativa internacional, que no realiza indicaciones expresas en la materia, sólo exige la observación de algunas pautas mínimas de precaución y prudencia para evitar en las víctimas las revictimaciones y eludir el ya nombrado «efecto net-widening» si los proyectos se ciñen a los llamados «casos bagatela». Es particularmente interesante la evolución del tratamiento de determinados delitos por los SMV; en concreto, los delitos de atentado, en principio excluidos por diversas razones como la presencia de desigualdad institucional entre las partes y una mayor complejidad técnica, que fueron acometidos exitosamente e incorporados al elenco de los tipos susceptibles de mediación, y los delitos de violencia de género en los que la tendencia sufrida parece que ha sido la contraria; así, desde elementales reglas de prudencia y criterios restrictivos, se consideró la posibilidad de mediar en aquellos hechos tra-

tados como tales aunque no tramitados en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los que no se apreciaba que la violencia ejercida por el infractor constituyera manifestación de discriminación y opresión machista. Las dificultades que en la práctica de los SMV se han revelado y que han imposibilitado su ulterior desarrollo no han tenido que ver con las derivadas del comportamiento de los intervinientes en el proceso y su aceptación, sino con las resultantes de la aplicación de la medida o la pena de prohibición de aproximación cuando se deseaba pactar las reglas de contacto o convivencia entre los mediados. Los únicos tipos penales sobre los que, hasta la fecha de emisión del último informe, no se ha practicado la mediación por los SMV son los delitos contra la salud pública.

Es muy destacable, y así se refleja en los informes, que los pasos —todos ellos protocolizados— que se van dando desde el inicio del proceso de mediación atienden fundamentalmente al objetivo básico de proteger y amparar los intereses de las víctimas: desde que el primer contacto se realice con el infractor, hasta el contenido mismo de los mensajes que se envían a ambos intervinientes y a los letrados.

Quizá los únicos puntos sobre los que en los informes que venimos manejando se evidencia la necesidad de mejorar son los relativos al seguimiento del proceso una vez que se ha alcanzado un acuerdo y sobre el modo en que se ha de llevar en cada caso, a los autos, la resolución judicial que corresponda. Sobre ello se volverá más adelante.

Reflejados explícitamente en los dos informes realizados a instancia del gobierno vasco por la profesora Varona, que llevamos ampliamente mencionados en este documento¹¹, cabe mencionar los beneficios que el desarrollo de la mediación en el SMV representa para las víctimas, los imputados, la administración de justicia y la sociedad en general.

Para las víctimas, se destaca la participación activa en la resolución del conflicto, concretado en la certeza de que van a poder expresar con la libertad y amplitud que deseen sus sentimientos, y que van a ser escuchadas; la aminoración de la victimización secundaria, al mejorarse notablemente el trato recibido y conseguir mitigar de tal forma los daños emocionales y la sensación de pérdida que siguen al acontecimiento sufrido, y su reparación que incluye la recepción de disculpas y la compensación material por los daños causados. De nuevo en este punto se refleja en los informes la necesidad de controlar el grado de cumplimiento del acuerdo adoptado, especialmente en las actividades

¹¹ Que denominaremos abreviadamente en lo sucesivo GV.1, el relativo a la evaluación del SMP de Baracaldo, de 2007, y GV.2, a la evaluación de la actividad de los Servicios de Mediación Penal desde octubre de 2008 a septiembre de 2009.

cuya conclusión se dilata en el tiempo. En este sentido, se ha de procurar un mayor grado de colaboración y coordinación con los servicios de atención a los intervinientes en el proceso penal, a los que más adelante se hará mención: SAV (Servicio de Asistencia a la Víctima), SAOS (Servicio de Asistencia al Detenido) y SAER (Servicio de Asistencia a la Reinserción).

Es de resaltar el grado de satisfacción de las víctimas medido en los informes, que evidencia que el 75% de ellas se muestra satisfecha o muy satisfecha con el proceso de mediación.

Para el infractor, se mencionan los siguientes beneficios: su participación responsable en la resolución del conflicto; la aminoración de la desviación secundaria, esto es, su no estigmatización, lo que implica la reducción de la agresividad y la restauración de su imagen interna como persona capaz de reparar¹²; la reducción de la reincidencia, cuya constatación no puede predicarse de manera concluyente, pero que sin embargo se infiere como consecuencia directa de dos actitudes a que aboca la participación en un proceso de mediación: la reflexión sobre el sufrimiento causado a la víctima y la adquisición de habilidades para resolver pacíficamente los conflictos; y la evitación de la prisión, como resultado de la aminoración de la pena. También se refiere un último beneficio en este apartado: la mayor rapidez en la respuesta penal; sin embargo, se trata de un efecto no contrastado que sistemáticamente quizá debería haberse situado entre los beneficios para la administración de justicia en general.

El grado de satisfacción de los infractores medido en los informes arroja la cifra del 80%.

Para la administración de justicia, se destacan cuatro beneficios asociados a la mediación penal: el desarrollo de un modelo de intervención consensuado y consistente; la humanización en el trato a los justiciables (en cuyo apartado se incluye en el informe el ahorro en los costes); la disminución en la carga de trabajo: un aspecto éste sobre el que volveremos más adelante; y el aumento de la confianza en la justicia por parte de la comunidad.

Para la sociedad en general, se consideran tres importantes beneficios derivados de la mediación; por un lado, la facilitación del restablecimiento de la paz social, quebrada por la infracción penal; es cuantitativamente importante destacar en este punto que entre los supuestos mediados la relación de conocimiento previa entre las par-

¹² Sobre este aspecto, sin embargo, no se realiza más que una única mención en el GV.1 y no vuelve a hacerse referencia alguna en el GV.2.

tes ronda el 60%, y que existe un importante porcentaje, el 34%, de personas con el doble rol de víctimas e infractores, lo que otorga una particular relevancia a su posible reconciliación; por otro lado, es muy destacable el efecto pedagógico que la mediación implica, de carácter multiplicador, por la adquisición y práctica de técnicas en la gestión pacífica de los conflictos; finalmente se destaca el acercamiento, más ágil y próximo, de la administración de justicia a la sociedad.

5. Balance cuantitativo de la mediación penal en España

El número total de Juzgados que hace mediación penal conforme a los datos del CGPJ cerrados al segundo semestre de 2009 es de 170, distribuidos del siguiente modo:

- Audiencias Provinciales, 13 (8%)
- Juzgados de instrucción, 118 (69%)
- Juzgados de lo Penal, 36 (21%)
- Juzgados de violencia sobre la mujer, 3 (2%)

De ellos, están situados en Cataluña 80 (48%) y en Euskadi 37 (22%). Es decir, sólo Cataluña y Euskadi representan conjuntamente el 70% del total de órganos judiciales que hacen mediación penal. El 30% restante (54) está localizado en Andalucía (12); Aragón (1); Castilla-León (16); Comunidad valenciana (7); La Rioja (4); Madrid (11) y Navarra (3).

5.1. *El tiempo en el proceso de mediación*

El proceso de mediación siempre se inicia de oficio o a instancia no sólo de las partes, incluido el Ministerio fiscal, sino de un amplio elenco de entidades, desde asociaciones hasta instituciones o servicios penitenciarios.

El informe de actividad de las experiencias piloto en mediación penal realizadas durante el periodo de 2005 a 2008 (SPCGPJ), y la Memoria del SMV hacen referencia a las tres fases básicas por las que discurre el proceso de mediación penal: la fase de acogida y encuentro dialogado, la fase de acuerdo y la fase de reparación.

En las experiencias de mediación analizadas en el primero de dichos documentos, desde la derivación al Equipo de Mediación hasta la finalización del proceso, la duración media fue de 29 días. Las dificultades

para localizar a las personas implicadas y fijar las entrevistas individuales y conjuntas puede retrasar ligeramente el proceso. En los casos en que existe una relación familiar o personal de otra naturaleza entre las partes, es previsible que el proceso dure más porque suele requerir más entrevistas individuales y más encuentros dialogados.

La duración máxima del proceso de mediación en el SMV se ha fijado en dos meses, con posibilidad de prórroga, desde la derivación por el órgano judicial al Equipo de Mediación. Los informes reflejan que, en Euskadi, el tiempo medio en el 75% de los procesos de mediación se sitúa entre uno y dos meses.

Los datos nacionales que se desprenden de los recabados por el CGPJ sitúan en más del 88% el porcentaje de mediaciones cuya duración no supera los noventa días; esto es, como en los anteriormente contemplados, el término establecido parece suficiente sin necesidad —salvo casos muy puntuales— de ampliaciones.

Un índice medido únicamente en el informe de los programas-piloto, que estimamos muy relevante, es el que hace referencia a la relación entre el tiempo transcurrido desde la producción del hecho y el éxito en las mediaciones. En los casos en que transcurrieron menos de diez semanas, los acuerdos fueron posibles en un 52,5%. El mayor índice de mediaciones finalizadas con acuerdo se alcanza cuando han transcurrido entre 30 y 39 semanas desde la ocurrencia de los hechos: el 65%. Este dato parece sugerir que el transcurso de un determinado lapso temporal entre el hecho y el inicio del proceso de mediación, lo facilita. Parece, pues, que no es recomendable una intervención demasiado cercana a los hechos que impida a los intervinientes una reflexión serena sobre lo acontecido, ni tan tardía que carezca de interés para ninguno de ellos. Una media de nueve meses parece ser el tiempo indicado para emprender el proceso y satisfacer las necesidades reales de las partes implicadas sin precipitaciones ni dilaciones que lo conviertan en estéril y hasta contraproducente.

5.2. *Evolución de los expedientes derivados a mediación*

Según el documento del CGPJ, a nivel nacional, se derivaron a mediación en el primer semestre de 2009 un total de 1763 asuntos, y se cerraron 1342, es decir, el 76,5%.

En Cataluña, ya en 2008 se computaron 909 expedientes, de los que finalizaron 880. El incremento en 2009 fue notable, el número fue de 1224, casi un 35% más. Creemos destacable observar que al crecimiento de las demandas en 2009 no le acompaña un incremento pa-

raleo de los programas finalizados, de manera que los 315 asuntos de incremento en 2009 respecto de 2008 no se han enjugado¹³.

En Euskadi, en 2008, se derivaron 393 expedientes, y fueron cerrados 302, de los que se medió en 207, llegándose a un acuerdo en el 80% de ellos. De los 950 expedientes derivados en 2009 fueron cerrados 862, de los que finalizaron con mediación 607 (más del 70%). El incremento de 2008 a 2009 ha sido también muy importante (de 393 asuntos a 1046): hay que tener en cuenta que los Servicios de Mediación en Bilbao y Vitoria empezaron a funcionar en Octubre de 2008.

En el informe del SPCGPJ se detalla que en las experiencias iniciales, debido a su propia naturaleza y características en tanto que programas piloto y también a la complejidad que implicó poner en marcha el protocolo de intervención para los operadores jurídicos, un instrumento nuevo y extraño hasta entonces en el proceso penal, fueron pocos los asuntos derivados: 310. De las mediaciones que pudieron comenzarse (el 60% de las derivadas) concluyeron con acuerdo el 71% siendo superior en los delitos, el 50%, que en las faltas, 31 46%.

5.3. *Procedencia*

En Cataluña, es abrumadora la procedencia judicial de los asuntos derivados (68-69% en ambos años); no obstante, el inicio del proceso de mediación también puede generarse desde los equipos de tratamiento en los Centros Penitenciarios o a iniciativa de las partes: en 2008, de 880 asuntos finalizados, 163 y 136, respectivamente, es decir,

¹³ Este fenómeno se visualiza muy bien en el gráfico que contiene la página 2 de la Memoria de 2009, que quizá se explique conociendo el número de mediadores que integran el equipo, 7 profesionales contratados por ABD para toda Cataluña, que contrasta con los 32 que forman los equipos en la jurisdicción de menores. La ausencia de marco legal para la mediación en el derecho penal de adultos quizá esté detrás de este desequilibrio, y probablemente también la percepción —desenfocada y, por lo tanto, errónea, en mi opinión— que se desprende de la lectura y examen del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña en el que mediante un razonamiento que más parece un sofisma (si de los 296 juzgados catalanes en 2008, sólo 40 oficiaron y/o aceptaron el ofrecimiento del Programa de Mediación), se concluye que «no deja de ser evidente el valor testimonial» de la mediación en esta jurisdicción, vid. pág. 673. El incremento del 35% en el número de asuntos derivados producido, pese a todo, en sólo un año, de que se acaba de informar y —especialmente— la mejora en el servicio público de justicia desde el punto de vista cualitativo que se detecta derivada de la práctica de la mediación penal en Cataluña, como más tarde veremos, terminan por desmontar aquella —creemos— precipitada inferencia.

casi 300 asuntos tuvieron tal procedencia; sólo 2, en 2008, y ninguno en 2009 fueron promovidos desde la Fiscalía.

En Euskadi, según ya se ha dicho y se desprende de la Memoria de 2008, cabe iniciar el proceso por el órgano judicial (Juez o Secretario Judicial) de oficio, pero también a solicitud de cualquiera de las partes, incluyendo al Ministerio fiscal, o de los Servicios de Mediación u otras entidades en alguna medida interesadas o colaboradoras. Sin embargo, nada se indica sobre la concreta procedencia de la derivación en ninguna de las dos Memorias.

En las experiencias piloto desarrolladas entre 2005 y 2008, la derivación a mediación se realizaba desde el órgano jurisdiccional, previo informe favorable del Ministerio Público; también en algún caso se inició a instancia de otras instituciones o personas físicas.

5.4. *Viabilidad*

A nivel nacional, el 37% de los asuntos que se derivan no resultan viables. Llama la atención que de ellos, casi el 80% se deba a diversas incidencias relacionadas con la víctima (por no localizarla; por su incomparecencia o porque no lo desea).

En Cataluña, la tendencia es al descenso, de un 58% a un 46%, en los porcentajes de viabilidad de 2008 a 2009¹⁴. Del número de asuntos inviables, el 38% atribuyó a incidentes relacionados con la víctima y el 18%, al imputado (porcentaje éste que ascendió en 2009 al 25%).

En Euskadi, en 2008, los asuntos que se cerraron sin realizar mediación representaron el 33%, y en 2009 no llegó al 30%. Los motivos imputables a la víctima (por no ser localizada o no desear iniciar el proceso) son siempre inferiores porcentualmente a los que se refieren al imputado: en ambos años se cifran en el 39 y el 51%, respectivamente.

En el informe sobre los programas-piloto, de los asuntos derivados a mediación, no pudieron ser iniciados el 40%. Entre las causas destacaron la imposibilidad de localizar a la víctima (9%) o al infractor (22%), o no desearlo la víctima (33%) o el infractor (28%).

5.5. *Resultado del proceso*

Tanto en el documento del CGPJ respecto del primer semestre de 2009, como en la Memoria de Cataluña respecto de 2008 y 2009, el

¹⁴ Según datos de los informes de evaluación de ambos años.

porcentaje de los asuntos cerrados con acuerdo ronda el 80%; en el caso de Euskadi, superó en ambos años el 83%.

En el informe de los programas-piloto, de las mediaciones que pudieron iniciarse, el porcentaje de acuerdos llegó al 71%, alcanzándose el mayor número de ellos en las causas por delito (50%); las faltas representaron el 43%.

Un dato que sólo se ha recogido en Euskadi, en la Memoria de 2009, que estimamos de interés reseñar hace referencia a los motivos que impidieron el acuerdo en las mediaciones iniciadas. Los más relevantes porcentualmente son: el desacuerdo en la prestación económica (19%); en la versión de los hechos (15%); por la cronificación del conflicto (13%) y por no moverse las partes de sus posiciones iniciales (11%).

5.6. *Contenido del acuerdo*

En Cataluña, de los asuntos cerrados con acuerdo, los de contenido económico representan poco más del 10%; los de tipo personal y relacional supusieron un 73% en 2008 y un 86% en 2009.

En Euskadi, los acuerdos con contenido económico suponen un 9%, en ambos años. Del resto de los contenidos destacan las disculpas formales (36% en 2008; 23% en 2009); la renuncia de acciones civiles (alrededor de un 20%); y el compromiso de no reincidir (un 10%).

En el informe del SPCGPJ se constata que las fórmulas de reparación fueron muy variadas, aunque todas estaban dirigidas a un mismo objetivo: que las víctimas recuperaran la confianza y la tranquilidad personales; de ahí que resulte mayoritaria la petición de disculpas (29,5%) y el abono de las indemnizaciones (13,5%). Se reflejan también en el informe otras fórmulas reparatorias como la derivación a tratamiento terapéutico, la realización de servicios comunitarios, o el compromiso de respeto mutuo o de que los hechos no se repitan. La reparación efectiva se consiguió totalmente antes del juicio en el 79% de los casos y parcialmente en el 12%. Es decir, en el 91% de los casos la víctima obtuvo, antes del dictado de la sentencia, una reparación. La cifra es tan rotunda que no merece más comentario, especialmente si se compara con lo que acontece en el procedimiento penal convencional.

5.7. *Procedimiento y tipos delictivos*

De los datos nacionales que recoge el documento del CGPJ relativos —recordemos— al primer semestre de 2009, se observa que los delitos mediados representaron el 66% y las faltas, el 34%.

Según el informe de los programas-piloto, de los hechos en los que se medió, el 57% se calificó como falta y el 43% como delito. Entre los tipos, el mayor número correspondió a las lesiones (34,5%), las amenazas (25%), las infracciones en el ámbito familiar (18%), las injurias (9%) y los robos (9%).

En Cataluña¹⁵ la mayoría de las mediaciones se vienen realizando en juicios de faltas y diligencias previas. En cuanto a los tipos penales que más son objeto de derivación, en las Memorias no se distingue entre delito y falta. En el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña¹⁶ (pág. 674), tampoco, pero sí detalla, respecto del año 2008, que los delitos contra el patrimonio y contra las personas son los más frecuentes; entre los primeros, destacan los daños, los robos con fuerza y los robos con violencia, y entre los segundos, las lesiones, las amenazas y las injurias. Llama la atención que un 15% de las infracciones mediadas son delitos de violencia familiar. Y es que, según refleja el Libro Blanco, el veto a la mediación contenido en la LO 1/2004 se interpreta por los órganos jurisdiccionales que hacen mediación penal en términos relativos, es decir, se parte de que en el art. 44 se establece la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en la jurisdicción civil y penal, y en su apartado 5 dispone que en fase de instrucción queda vedada la mediación, «dejando así abierta la mediación en las otras fases del proceso, así como en los casos de violencia doméstica» (pág. 712). En 2009, conforme consta en la Memoria del PMRP de Cataluña de tal año, los casos derivados por delito aumentaron respecto de 2008 un 2%, pasando del 28% al 30% y disminuyendo correlativamente las faltas en la misma proporción¹⁷. Las principales infracciones mediadas fueron las lesiones y contra el patrimonio, 24% en ambos casos; contra las relaciones familiares, el 17,53% y contra la libertad, el 17%.

En Euskadi, el porcentaje de delitos mediados en 2008 representó el 29% (consecuentemente, el de faltas fue el 71%), destacando las lesiones (41%), fundamentalmente referidas a maltrato familiar y los delitos contra la propiedad (12%); respecto de las faltas, se medió especialmente en las relativas al incumplimiento de las relaciones familiares (20%), lesiones y maltrato de obra (20%) y amenazas (17%). En 2009 los delitos mediados representaron el 36% (descendiendo correlativamente en las faltas, a un 64%). Respecto de las causas por delito mediadas destacan las lesiones, los delitos contra el patrimonio y los daños

¹⁵ Según datos de los informes de evaluación.

¹⁶ En adelante, Libro Blanco. Su análisis y valoración alcanzan hasta el año 2008, inclusive, al que están referidos los datos y cifras que maneja.

¹⁷ Siguiendo, también aquí, los datos de los repetidos informes de evaluación.

(respectivamente alrededor del 40%, el 29% y el 12%). Resulta también destacable el tratamiento dado en Euskadi a los delitos de violencia doméstica y los delitos de violencia sobre la mujer. De modo semejante a lo que se refleja respecto de Cataluña en el Libro Blanco, conforme consta en el capítulo 2 del Informe de 2008, la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco interpreta lo establecido en el art. 87 ter, 4 y 5 de la LOPJ después de su modificación por la LO 1/2004 en el sentido de que sólo está vedada la mediación en aquellos asuntos de los que conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y en ningún caso si los hechos no constituyen expresión de violencia de género; de lo que resulta que cabrá hacer mediación en los asuntos que sean por tal motivo remitidos al órgano judicial competente (hemos de leer, en su mayoría, a los Juzgados de Instrucción) y en todo caso, se podrá mediar en todos aquéllos que sean de la competencia de los Juzgados de lo Penal. Y así, consta en el referido Informe de 2008 que en Euskadi el proceso de mediación respecto de delitos de violencia doméstica representó el 14% del total, y que en dos localidades concretas, Baracaldo y Vitoria, se derivaron a mediación 4 delitos de lesiones en violencia de género. También se estiman relevantes los datos relativos a las faltas: se medió en 19 asuntos de violencia doméstica y en 3 (de nuevo en Baracaldo) de violencia de género.

5.8. *Clases de mediación*

En Euskadi, en ambos años, la mediación directa se sitúa en poco más del 50% del total.

En Cataluña, no se menciona este dato en las Memorias. Sin embargo, en los informes de evaluación tantas veces citados sí se expresa que en 2008, la mediación directa o conjunta representó el 73% y en 2009 descendió al 61%, es decir, se observa un incremento de las mediaciones indirectas en el año 2009 cifrado en más de 12 puntos.

En el informe del SPCGPJ, el 60% de los casos mediados se desarrolló sin encuentro entre las partes; en el 40% restante se practicó la mediación directa, y en más de tres cuartas partes de ellos no se precisó más de una sesión.

5.9. *Caracteres de los intervinientes*

En Cataluña, durante el año 2008, el número total de usuarios de los servicios de mediación fue de 1503; de los 708 imputados, el 69%

eran varones; de las 795 víctimas, el 58% eran también varones. En 2009, el total de usuarios fue de 1548¹⁸; de los 661 imputados, también la mayoría eran varones, el 67%; y de las 730 víctimas, poco más de la mitad, el 52% eran varones.

De los datos —de elaboración propia y, como sabemos, referidos a Cataluña en 2008— que son recogidos en el Libro Blanco para dibujar el perfil de los imputados y de las víctimas, cabe destacar los siguientes: tres de cada cuatro imputados son españoles; de los extranjeros, el colectivo más numeroso es el de magrebíes, principalmente de Marruecos, y entre los nacionales de países comunitarios, la mayoría son rumanos. Respecto de las víctimas, el 42,5% son mujeres, y en consecuencia el 57,5%, hombres. La media de edad entre este colectivo (curiosamente no se menciona este dato respecto de los infractores), es de 38,6 años, y el 4,41% eran menores de 18 años.

En Euskadi, en los datos personales recabados de los intervinientes no se distingue entre víctimas e imputados. Sabemos que en 2008 se atendió a 697 personas, y las mediaciones formalizadas afectaron a 532 personas, el 61% fueron varones y, consecuentemente, el 39%, mujeres. En 2009, de un total de 1997 usuarios¹⁹, el 64% eran varones y por lo tanto el 36%, mujeres.

El informe de los programas-piloto no se realizó con la totalidad de los intervinientes sino a partir de una muestra representativa cifrada en 608 personas. De ellos, en ambos roles, la mayoría eran varones, el 65%, frente al 35% de mujeres, situados en una franja de edad de entre los 25 y los 44 años.

El número de programas realizados con personas jurídicas en Cataluña ha descendido: de 47 en 2008 a 28 en 2009. En Euskadi, contamos con datos sólo del año 2009, y la cifra fue de 52.

La existencia de relación personal previa entre imputado y víctima (bien familiar, laboral o del entorno más cercano) es mayoritaria. En Cataluña, en 2008 representó el 56% de los casos y en 2009, el 61%. En Euskadi hay datos del año 2008, situándose en el 60%. A nivel nacional, el porcentaje desciende al 37%. En el informe del SPCGPJ, más del 77% de los asuntos objeto de mediación tenía su origen en conflictos derivados de relaciones previas entre las partes.

Hay datos de carácter personal recopilados en Euskadi, en la Memoria de 2008, que creemos interesante reseñar; así, el porcentaje de

¹⁸ Un incremento respecto de 2008 no proporcionado con el incremento del número de asuntos que, como ya se ha dicho, en el mismo año fue de casi un 35%.

¹⁹ Aquí, el incremento observado de 2008 a 2009 sí resulta proporcional con el número de casos mediados.

españoles, el 87%; el que las franjas de edad mayoritaria en los intervinientes estén en los 31-40 años (28%) y 18-25 (15%); que un 46% de ellos sean trabajadores por cuenta ajena; que más del 40% tenga un nivel de estudios medio (formación profesional y educación secundaria) o que más de la mitad esté situado en un nivel socioeconómico entre bajo y medio (de 600 a 1200 euros al mes); el nivel más alto (a partir de 2.500 euros al mes) sólo representa el 1,88%.

Por su parte, el informe de los programas-piloto de mediación, nos informa de que la inmensa mayoría de víctimas y acusados protagonistas de los proceso de mediación eran españoles. El 84% de los infractores carecían de antecedentes penales y el 84,5% no había tenido relación con el consumo adictivo de sustancias estupefacientes. Las víctimas con un nivel educativo superior (bachiller o estudios universitarios) representan el 42%, mientras que en los infractores el porcentaje desciende casi a la mitad, el 24%. El porcentaje de quienes carecen de estudios es superior entre los infractores, el 7%, frente al 3% de las víctimas. Entre los infractores existe asimismo un mayor porcentaje de personas de clase media-baja (el 36%) que entre las víctimas (el 28%). También en la clase baja: el 16% frente al 12%. Por el contrario, las víctimas de clase media representan el 14% frente al 6% de los acusados. Respecto de sus ocupaciones habituales parece relevante que tanto acusados como víctimas tengan mayoritariamente profesiones humildes y de baja cualificación (albañil, peluquera, jubilado, taxista, camarero...).

5.10. *Impacto jurídico*

En Cataluña, según se reconoce en el informe de evaluación de 2009, no se ha diseñado un sistema de recogida de datos que permita evaluar este extremo. De hecho, en la Memoria de 2008 no se menciona; respecto 2009, en la Memoria (pág.16) hay una breve alusión a algunos datos parciales. Así, de 50 programas examinados, en 30 se produjo un cambio en la calificación fiscal; 14 finalizaron con sentencia absolutoria, en 4 con sentencia de conformidad; en 1 se apreció la atenuante del 21.5 CP muy cualificada y finalmente en 1 se obtuvo la progresión a tercer grado.

En Euskadi se cuenta con más datos. Así, es de destacar que en 2008, de 325 casos, el 49% finalizó con Sentencia condenatoria; en el 25% fue absolutoria y el 16% con su archivo. En 2009, las sentencias condenatorias descendieron al 36%; las absolutorias supusieron el 24% y el archivo de la causa representó el 37%.

En el informe sobre los programas-piloto de mediación penal, en el 68% de los casos analizados se aplicó la atenuante de reparación del daño muy cualificada y en el 32% la atenuante simple. La suspensión de la pena privativa de libertad se otorgó en el 85% de los casos mediados; en el 11,5 % de ellos, la pena fue sustituida y en el 3,5% restante se impusieron trabajos en beneficio de la comunidad. En ningún caso el condenado ingresó en prisión.

6. Balance cualitativo: el impacto de la mediación penal

6.1. *Imputados y víctimas*

Para el desarrollo de este apartado se tomarán en cuenta los dos informes de Gema Varona que hemos llamado abreviadamente GV.1 y GV.2, referidos a los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco en los años 2007 a 2009, respectivamente; los resultados de la encuesta de satisfacción realizada a los usuarios del SMP del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, del año 2008 y por fin, el informe del Servicio de Planificación y Análisis del CGPJ (SPCGPJ), de la actividad mediadora en el ámbito territorial ya expresado, durante los años 2005 a 2008²⁰.

Para elaborar el informe del SPCGPJ, se trabajó con una muestra de 310 casos, interviniendo 608 personas, el 96% a título individual y el resto en nombre quienes actuaban como representantes. El porcentaje de hombres superaba, tanto en el rol de infractores como en el de víctimas, al de mujeres (65% frente al 35%, respectivamente), situados la mayoría en una franja de edad de entre los 25 a los 44 años.

En Cataluña, el estudio cualitativo se realizó sobre 86 encuestados. Hay que tener en cuenta este dato y contrastarlo con el que consta en la Memoria del Servicio de Mediación Penal catalán en 2008, que computó aquel año un total 909 demandas. Por otra parte, desconocemos cómo se desarrolló el proceso de selección de los encuestados, si existió un protocolo y en su caso cuáles fueron los criterios manejados, o si la participación de los diversos encuestados se debió al azar. Lo que sí se refleja en el documento es que sólo se encuestó a quienes finalizaron el proceso de mediación; el 48%, víctimas; el 29%, imputados; el

²⁰ Su análisis comparativo se ha tratado de conjugar para obtener un resultado homogéneo partiendo del hecho cierto de que nos hallamos ante documentos diferentes, porque distinto es su ámbito temporal y cuantitativo, y sus objetivos y propósitos, en los términos que se han explicado en el epígrafe 1 de este documento.

14%, de doble rol; mayoritariamente hombres (53%), de edades comprendidas entre 26 y 45 años (60%), que contactaron con el SMP a través del Juzgado (60%).

Para describir el impacto de la mediación penal en el ámbito de Euskadi, el número de personas intervinientes fue 598, relacionadas con 315 infracciones; se telefoneó a 728 (en 5 intentos) y manifestó su deseo de participar el 73% del total. De ellos, en su mayoría hombres (el 65%), 250 fueron víctimas (el 42%), 239 imputados (el 40%) y 109 de doble rol (el 18%). Los principales motivos que les impulsaron a participar en el proceso de mediación fueron: considerarlo mejor que el juicio (41%); solucionar mejor el problema (23%); y la indicación de terceros: el juez, el mediador, el abogado, el SAU, a veces bastaba con saber que la otra parte había aceptado; nunca la fiscalía (16%). Es interesante reseñar otras respuestas²¹ que permiten percibir más certeramente las expectativas de los intervinientes y por ende, contrastar mejor también su grado de cumplimiento. Así, otras razones que les impulsaron a participar se referían a escuchar y ser escuchado (6%); fomentar la integración social y la responsabilización (5%) y la curiosidad por probar algo nuevo (2%). Se valora como muy destacable que nadie refiera sentimientos como el rencor o el deseo de venganza.

A. PERCEPCIONES GENERALES

Entre los aspectos positivos de la participación de los encuestados en Cataluña²² para casi todos (92%) el proceso de mediación ha respondido a sus expectativas y ha mejorado su visión de la Justicia (83%), al tiempo que les ha servido para comprender mejor los motivos del conflicto (92%) y a la otra parte (82%). El 92% manifestó haber podido actuar y manifestarse libremente.

²¹ En el informe GV.2 —cuya lectura resulta altamente recomendable—, se incluyen extractos de las respuestas dadas que apoyan los anteriores datos, porque las preguntas eran abiertas. Además de importante para apreciar los matices, algunas respuestas permiten constatar el grado de implicación y la enorme valía de los participantes, que a menudo hacen gala de un sentido común y una franqueza admirables. Lo mismo cabe decir de las respuestas obtenidas de los demás partícipes contenidas en este capítulo, especialmente las brindadas por los mediadores en el capítulo denominado «grupo de discusión», págs. 203 y ss.

²² El informe realizado en Cataluña se refiere a imputados y víctimas, sin diferenciar entre ellos, ni tampoco atender a sus diversos roles; tampoco menciona a otros participantes en el proceso de mediación. Por ello sus datos sólo han tenido cabida de manera parcial en este epígrafe.

En Euskadi se destaca por los encuestados de manera sobresaliente la actuación de los mediadores (29%), seguido de la posibilidad de llegar a una solución eficaz (12,5%), o de poder explicarse y ser escuchado (10%); por otra parte, no saben o no contestan un 20%.

Vale la pena detenerse en la valoración que en concreto merecen los mediadores del SMV, calificada por los usuarios del Servicio como «muy buena» y «buena»: el 90% de los 595 entrevistados así lo expresó (las valoraciones en que se distribuyó el 10% restante estaban entre «normal —6%—, regular —3%— y mala —1%—). Más del 97% opinó que las explicaciones que recibieron fueron «buenas» (las otras opciones por que podían elegir eran «regular» y «malas») cuando se les preguntó si fueron bien escuchados y si se sintieron protagonistas del proceso. El porcentaje se situó en el 99,5% cuando se refirieron al respeto que les mostraron, y al responder negativamente a la pregunta sobre eventuales presiones para llegar a un acuerdo. Excepcionalmente no faltó quien recriminó a los mediadores la presión o insistencia ejercida para alcanzar un acuerdo, el tiempo excesivo (o, curiosamente, la premura) del proceso para llegar a un acuerdo, o la falta de imparcialidad al detectar en el mediador una mayor comprensión hacia el infractor. No se aprecian diferencias notables en las respuestas recibidas en función de la disposición a colaborar del encuestado, la clase de mediación realizada o la obtención o no de un acuerdo.

También en Cataluña, más del 90 de los encuestados manifiesta haberse sentido respetado por el mediador.

Entre los aspectos negativos (o mejorables), en Cataluña, el 11% dijo haberse sentido presionado por la situación, por la otra parte o por el mediador (sólo en un caso). En Euskadi, resulta llamativo el porcentaje de quienes no saben o no contestan (el 65%); la minoría que sí ofrece respuestas diversas señala la actuación de los mediadores, en los términos indicados el anterior párrafo; la falta de vinculación jurídica del acuerdo y la incertidumbre hasta conocer la decisión del fiscal y del juez al respecto; la celebración del juicio (que se percibe superflua) y la inadecuación del acuerdo con quien ha de cumplirlo, lo que en más ocasiones de las debidas ocasiona su incumplimiento; en esta misma línea se reprocha la falta de control sobre el cumplimiento del acuerdo y la escasa información que sobre los avatares de tal cumplimiento recibe la víctima.

Sobre las razones por las que no se alcanzó —en su caso— un acuerdo, el común denominador es que siempre se achacan a la otra parte. Las principales fueron, según los intervinientes, las diferencias sobre la clase y cuantía de la reparación; la falta de voluntad para continuar el proceso y el no reconocimiento de los hechos.

Preguntados acerca de si repetirían la experiencia o la recomendarían a terceros, en Cataluña, el 98% responde afirmativamente a

ambas cuestiones (matizando, en la segunda, un 26% con un «depende»). En Euskadi, contestan que sí el 79% de las víctimas y el 81% de los infractores; que no, el 4 y 3,5 %, y depende del caso, el 17 y el 15,5%, respectivamente. En 2007 esta pregunta —referida a la recomendación a terceros— se realizó separadamente a víctimas e infractores. Mientras que de éstos últimos, todos la recomendarían, entre las víctimas la proporción fue de 4 sobre 6 (el 67%).

Finalmente, resulta interesante el resultado del seguimiento que se realizó en esta batería de entrevistas realizadas en 2009 a quienes habían sido encuestados en 2007: incluso quienes no quedaron satisfechos entonces recordaban lo positivo del trato con los mediadores (no así respecto de jueces, abogados o fiscales). El recuerdo más negativo hacía referencia, en las víctimas, al eventual incumplimiento del acuerdo.

B. PERCEPCIONES POR ROLES

1.º Infractores (o doble rol)

En los informes referidos al SMV, las respuestas de los infractores en relación con las víctimas hacían especial énfasis en que la experiencia les sirvió para entender mejor sus sentimientos. Lo mejor del proceso fue para ellos evitar el juicio y lo peor, tener que encontrarse con la víctima.

En el GV.2, sobre 348 imputados, el 36% afirmaba que su participación en la mediación le ayudó a entender el daño causado y comprender cómo se sintió la víctima. El 26% admitió haber provocado daños; el 23% dijo no saberlo, y el 15% afirmó rotundamente que no.

La inmensa mayoría de los imputados percibe que el acuerdo fue justo. Sólo unos pocos disienten afirmando su superficialidad o poniendo en duda su virtualidad en el futuro, sin embargo, también un porcentaje amplísimo (91%) se declara dispuesto a hacer cuanto sea posible para cumplir el acuerdo en todos sus términos.

2.º Víctimas (o doble rol)

En los informes realizados en Euskadi, las víctimas aparecían tranquilas, seguras y espontáneas en sus respuestas. Sobre el acusado manifestaron no tener opinión definida, aunque con relación a la administración de justicia, todas indicaron que, tras la mediación, su imagen había mejorado. Respecto del proceso de mediación lo valoraban positivamente porque no se pasa por un juicio y porque termina pronto. En cuanto a los resultados obtenidos, valoraban especialmente la tran-

quilidad que proporcionaba más que las consecuencias económicas. En concreto, en el informe de 2009, sobre 359 entrevistados, para el 80% cambió a mejor su visión de la justicia. En relación con la percepción del acuerdo, sobre 292 entrevistas (se realizó sólo con las víctimas que habían llegado a un acuerdo), para el 74% fue justo; para el 10% no lo fue. En el aspecto en que las cifras difieren más es en la percepción de haber sido reparado: sobre 292 respuestas, la positiva alcanza el 58%, mientras que el 16% opinó no haberlo sido.

El informe del SPCGPJ centra su mirada exclusivamente sobre las víctimas. Las experiencias permitieron constatar que no son vindicativas y que su interés por ser reparadas no se reduce exclusivamente al aspecto económico. Se detectó también que las víctimas acuden al proceso de mediación con sentimientos intensos y muy negativos como miedo, dolor, rabia, impotencia, cansancio, nerviosismo, desamparo, depresión; que por medio de su intervención en el proceso de mediación pretenden alcanzar objetivos que no resultan posibles en el proceso penal convencional como recuperar la tranquilidad y la seguridad personal o disfrutar de una convivencia en paz, obtener atención psicológica, recibir disculpas y reconocimiento del daño causado, conocer los motivos que movieron al infractor a convertirla en víctima de su comportamiento, evitar el juicio y finalizar cuanto antes el procedimiento judicial. Muchas se conforman tan sólo con ser escuchadas. También se constata que en numerosos casos tales objetivos, e incluso otros no pretendidos, fueron logrados, y que incluso en aquéllos en que no fue posible lograr el fin pretendido, la mediación se reveló como una herramienta eficaz para satisfacer los intereses de las víctimas sin detracer por ello derechos y garantías al infractor, y en suma, para mejorar la imagen de la justicia entre los ciudadanos implicados.

6.2. Operadores jurídicos

El contenido de este apartado se apoya fundamentalmente en el análisis de las diversas encuestas incorporadas a los informes de la profesora Varona realizadas en torno al Servicio de Mediación Penal de Euzkadi, complementadas con las del Grupo de Investigación del CGPJ, que dirigidas a Jueces y Fiscales abarcando todo el territorio nacional constituyen una muestra actualizada y de primera mano, suficientemente ilustrativa del estado de opinión, en 2010, de los principales intervinientes institucionales en el proceso de mediación. También se han incluido los aspectos más destacables de las entrevistas a Jueces y Fiscales en Cataluña contenidas en el Libro Blanco, y que han sido incorporadas al apar-

tado dedicado a los jueces ya que los fiscales entrevistados estaban destinados en los Juzgados de Menores y sus opiniones y comentarios se ceñían exclusivamente a la mediación penal juvenil.

A. LOS JUECES

Los sucesivos informes de los servicios de mediación en el País Vasco, que abarcan un lapso temporal de tres años, muestran la presencia de un consenso afianzado en torno a los aspectos positivos de la mediación penal: la implicación y participación activa de la víctima, los mejores pronósticos de reinserción para los infractores y la humanización del proceso. Parecida unanimidad se produce al referirse a sus aspectos negativos: el repetido y recurrente lamento por la ausencia de regulación legal, y el desajuste entre las expectativas que genera y la realidad —más limitada, más prosaica— que en ocasiones impone el propio devenir del proceso penal. La modificación gradual del sentido de las respuestas dadas por los Jueces a lo largo del tiempo se constata con toda claridad en relación con la viabilidad de la mediación penal en el enjuiciamiento de los delitos graves. Si en 2007, en el ámbito de la justicia en el país vasco, se apreciaban notables inconvenientes sobre su admisión, en el informe de 2009 se manifestaban a favor las dos terceras partes de los Jueces encuestados. La misma proporción arrojan las respuestas a la encuesta realizada por el Grupo de Investigación del CGPJ: dos tercios del total de encuestados entiende factible la mediación penal aplicada al enjuiciamiento de delitos graves y, lo que es igualmente destacable, prácticamente la totalidad considera lo mismo respecto de los delitos de violencia de género. En Cataluña, en el año 2008, fecha de las entrevistas para el Libro Blanco, los jueces mostraron dudas en torno a las bondades de la mediación penal aplicada a los delitos graves (en concreto, se hizo expresa referencia a las agresiones sexuales). Respecto de los delitos de violencia de género, la prohibición expresa de la mediación penal ha generado también en la judicatura catalana controversias y estupor: se valora la regulación como el ejemplo de la influencia sobre el legislador de una situación de alarma social cuyo tratamiento por la vía judicial no sólo no resuelve los conflictos sino que incluso los puede agravar («Ahí donde mejor podría funcionar la mediación —se llega a afirmar por uno de los jueces entrevistados— la Ley la prohíbe» – pág. 685).

Los datos recogidos de la consulta realizada por el Grupo de Investigación del CGPJ confirman los incluidos en el informe de la profesora Varona. Así, los aspectos positivos de la mediación que más se mencionan son, respecto de las partes, la satisfacción que proporciona a la víctima y la responsabilización activa a que aboca al infractor; para la administra-

ción de justicia es ventajosa porque la acerca al ciudadano y mejora su imagen. Los aspectos negativos que más frecuentemente se indican son, además de la repetida ausencia de regulación legal, el carecer de mecanismos que la propicien (como el principio de oportunidad), la actitud de muchos abogados que no se implican y temen perder el control del pleito; en relación con los intervinientes, la falta de interés (quizá por el tiempo transcurrido desde los hechos) y la dificultad de localizarlos (probablemente también por lo mismo). En resumen, las respuestas de los jueces a la encuesta desprenden una actitud muy positiva hacia la mediación, matizada por la necesidad de su regulación legal y enmarcada en una sensación de fracaso y colapso del sistema de justicia penal actual.

En Cataluña, tal como se desprende de la lectura de las entrevistas realizadas para el Libro Blanco entre los jueces de la jurisdicción penal ordinaria (págs. 682 y ss), las percepciones no son muy diferentes de las ya mencionadas. Los jueces catalanes describen la incorporación de la mediación penal a sus tareas jurisdiccionales como una decisión individual y no pocas veces accidental o casual, gestionada de forma autodidacta porque no se les ha proporcionado una formación reglada y suficiente en una materia novedosa y desconocida para casi todos. Reconocen los valores y la eficacia de la mediación como un instrumento de resolución de conflictos que puede aportar «aire fresco» a la justicia institucional, pero reclaman una regulación legal que les dé seguridad en su implementación. Los beneficios que la mediación penal comporta para la comunidad y para la administración de justicia parecen también fuera de duda: su efecto pacificador y participativo se conjuga con el descenso del gasto y la agilización de trámites, resultando de todo ello una mejora evidente de la imagen institucional de la justicia. También son apreciables en sus respuestas ciertas susceptibilidades y recelos sobre las posibilidades reales de la mediación en el sistema de justicia penal ordinaria, especialmente debidas a la falta endémica de medios y a la más que probable ausencia de dotaciones presupuestarias que acompañen a las eventuales reformas legislativas, si llegaran a realizarse.

B. LOS FISCALES

En el primero de los informes de los servicios vascos, en 2007, se evidencia —sobre todo si se contrasta con la actitud de los jueces— un posicionamiento más crítico de los fiscales frente a la mediación, pero ello no obsta para que se consideren en general partícipes de un proyecto ilusionante y positivo llamado a incidir en su futura regulación legal. Las principales ventajas que perciben para los intervinientes son el acercamiento de la justicia al justiciable y la participación activa de las

partes; para la administración de justicia, evitar trámites dilatados y costosos. Los principales inconvenientes los encuentran en general, como todos los demás operadores jurídicos, en la ausencia de regulación legal, y en concreto en su eventual incompatibilidad con el principio de legalidad. Pese a manifestar puntuales problemas de relación con los mediadores, resulta destacable que los valoran muy positivamente (en número y grado superior a los jueces).

En el informe de 2009, a los aspectos positivos destacados por los fiscales dos años antes, se añaden varias novedades interesantes, como la innovación que la mediación penal implica para el sistema penal y su eficacia como vía para promover la comunicación especialmente entre conocidos no empáticos. Entre los aspectos que valoran como negativos de la mediación en el proceso penal, a los ya indicados años antes, añaden dos novedades: su posible instrumentalización por las partes (especialmente por el infractor) y su efecto dilatorio sobre el curso del procedimiento penal.

En lo que se refiere a su viabilidad en el tratamiento penal de los delitos graves, se aprecia una evolución notabilísima: de no mostrarse en principio receptivos a tal idea, dos años después, 5 sobre 6, aun con matices, la admiten como posible.

Finalmente, destaca una cierta regresión en su valoración de las relaciones con los mediadores: de buena pasa a considerarse normal.

De la lectura de la encuesta elaborada por el Grupo de Investigación en Mediación Penal del CGPJ en relación con los aspectos cualitativos de la actividad desplegada por los fiscales consultados en torno a los procesos de mediación en que intervienen, se desprende una actitud general poco satisfecha no tanto con la mediación cuanto con el concreto papel que han de desempeñar durante el proceso.

Las principales ventajas las centran en las víctimas, en la posibilidad de ser oídas, de participar activamente en el proceso, y de ser reparadas. También se perciben —aunque entienden mayoritariamente que no constituye una finalidad «per se»— ventajas para el infractor en orden a su resocialización y, por último, algunas respuestas también refieren ventajas para la Administración de Justicia: su humanización y la agilización de trámites.

El inconveniente más ampliamente percibido —con diferencia— es la ausencia de regulación legal de la mediación, expresado así directamente o a través de otros giros, como la ausencia de cauces para la realización de las diversas diligencias que han de practicarse («los protocolos no bastan», se afirma), o las dificultadas en la selección de los asuntos mediables («depende de cómo lo ve el Juez», se indica), o los problemas que conlleva el tener que conciliar la mediación con el principio de legalidad

en el ordenamiento penal. Se expresan también como aspectos negativos de la mediación otras circunstancias que no son atribuibles directamente a la institución: la falta de medios, su desconocimiento, y las consecuencias de éste, las desconfianzas y hasta el rechazo en los usuarios de la justicia o incluso entre los operadores jurídicos (sobre todo, abogados). Y no falta quien manifiesta sus propios recelos, al quejarse de la falta de eficacia de la mediación («para eso, sirven mejor las conformidades», dicen), o los temores porque se termine olvidando la defensa del bien jurídico protegido, o se llegue a una suerte de privatización de la Justicia.

Asimismo parecen muy significativos los resultados de la encuesta en torno a la viabilidad de la mediación penal en los delitos de violencia de género: sólo dos de los encuestados, en términos estadísticos menos del 10%, manifiesta su oposición (que en una segunda lectura cabría interpretarse como muestra de resignación: si la Ley lo veta no cabe plantearse otra cosa). Del resto, el 70% lo estima posible, salvaguardando la libertad y la igualdad entre las partes, y el 20% restante también, pero sólo respecto del tipo del art. 153 CP.

Casi la mitad de los encuestados responde afirmativamente a la pregunta acerca de la posible mediación en delitos graves; la otra mitad, la limita a los delitos menos graves (hasta 3 ó 5 años de pena privativa de libertad). Y en algún caso hay quien cuestiona que se medie en las faltas por su escasa relevancia jurídica que no compensaría el coste de un proceso de mediación.

Aunque la encuesta propuesta desde el Grupo de Investigación del CGPJ no incluía una pregunta directa acerca de sus relaciones con los mediadores, ciertas respuestas de los fiscales, muy pocas ciertamente, permiten percibir algunos reparos, como la falta de preparación suficiente en materia específica de mediación o apelaciones a una mayor profesionalidad en su comportamiento (que se ajusten más a sus funciones o que no tomen decisiones que no les competen).

En suma, es la necesidad urgente de cobertura legal para su actuación en la práctica de la mediación penal el aspecto que planea sobre todas las opiniones recabadas de los fiscales encuestados, como fórmula para acabar con la mayor parte de los inconvenientes detectados en la práctica tanto estructurales (la eventual arbitrariedad en la actuación del Juez) como procesales (el riesgo cierto de que los ilícitos terminen prescribiendo).

C. LOS SECRETARIOS JUDICIALES

La actitud de los Secretarios judiciales de los órganos judiciales que hacen mediación en el País Vasco y que respondieron a las encuestas

de la profesora Varona podría calificarse de cauta. Reconocen que la mediación penal proporciona una mejor solución al conflicto y dota de mayor humanidad al proceso penal; que puede producir efectos positivos para las víctimas y por lo tanto no aprecian inconvenientes para su aplicación también a los delitos graves. Hasta admiten que a largo plazo pudiera generar el efecto de disminuir el volumen de trabajo en la oficina judicial por la mayor rapidez que cabe esperar dote a la tramitación (la mayoría indicó que a día de hoy tal efecto no se producía en absoluto). Su relación con los mediadores era calificada de buena a normal, destacando el enorme esfuerzo profesional que aquéllos desplegaban. Con todo, la opinión más generalmente extendida imputaba la mayor parte de las dificultades inherentes a la puesta en marcha de la mediación penal a la ausencia de regulación legal.

D. LOS ABOGADOS

Para la elaboración del informe de los servicios de mediación del País Vasco del año 2007 se plantearon a los abogados diversas cuestiones diferenciando según se hubieran mostrado favorables o desfavorables a la mediación en el caso concreto en que intervinieron. En general, parecían reticentes con el programa piloto. Los que aconsejaron a sus defendidos en contra de su aceptación destacaron su carácter de proyecto demasiado abierto y poco definido. Aquéllos que les recomendaron acudir al proceso de mediación indicaron que no habían hallado ningún motivo serio que lo impidiera («me pregunté, ¿y por qué no?», dijo uno de los entrevistados). Los resultados estuvieron en todos los casos por encima de sus expectativas («mi cliente estaba feliz», explicó un letrado).

Dos años más tarde, el informe de la profesora Varona prestó una mayor atención a la opinión de los abogados, y sus respuestas evidenciaron un contenido más rico y matizado. El método de aproximación fue el mismo que en el primer informe: analizar por separado las respuestas dadas por quienes se habían mostrado favorables a que sus clientes intervinieran en el proceso y las de quienes se habían opuesto.

Quienes aconsejaron a favor de la mediación²³, destacaron que había mejorado la visión de la otra parte y de la justicia en general (50-55%, respectivamente), y que la recomendarían a otros (61% dijo que sí, y 39% se decantó por NS/NC; ninguno respondió que no).

²³ En ninguno de los dos informes se discriminaron las opiniones de los letrados según actuaran de oficio o por libre designación. Tampoco se distinguió entre abogados de la defensa y de la acusación.

Resultan muy numerosas y sugerentes sus recomendaciones de mejora; entre ellas cabe destacar el dar mayor publicidad al proyecto; mejorar la coordinación con la fiscalía; realizar un mejor seguimiento de los acuerdos alcanzados; mejorar los niveles de información y comunicación con los letrados (al menos, dicen, en la misma proporción con que se realiza con los fiscales) y ampliar la mediación penal como mínimo a los supuestos menos graves de violencia de género.

No menos interesante resulta contrastar la opinión de quienes aconsejaron en contra de participar en el proceso de mediación. Ellos destacan que existe una descoordinación importante con otros Juzgados (especialmente en materia de familia) y con la fiscalía. No obstante un 50% admite que recomendaría la mediación penal a otros; que como aspecto positivo, evita juicios y otorga más agilidad y rapidez a su resolución; y como aspecto negativo, curiosamente, tras manifestar lo anterior indican que con la mediación se pierde tiempo porque resultan más rápidos y eficaces los acuerdos adoptados directamente con la fiscalía para llegar a una sentencia de conformidad.

6.3. *Mediadores*

«La fortaleza del servicio es el equipo»,
Mediador anónimo²⁴

El contenido de este epígrafe se nutre fundamentalmente de tres fuentes: el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, que examinó en el año 2008 la mediación penal desde la perspectiva cualitativa a partir de los resultados de las entrevistas realizadas a los coordinadores de los Programas de Mediación y los mediadores que integran los equipos; los informes GV1. y GV.2, referidos a los componentes del SMP en el País Vasco, que extractan las valoraciones e impresiones recabadas directamente de los miembros de los equipos de mediación a partir del año 2007 hasta el 2009, y los resultados de las encuestas realizadas a mediadores de todo el estado español por el Grupo de Investigación sobre mediación penal del CGPJ, en el año 2010, también resumiendo las respuestas a una encuesta elaborada con preguntas abiertas que permitían un amplio margen de explicación y de precisión en las respuestas.

²⁴ GV.2, pág. 175.

A. CATALUÑA

De los resultados de las entrevistas realizadas por los responsables del Capítulo 10 del Libro Blanco de la Mediación a los mediadores del Servicio que se ocupa de la mediación penal de adultos en **Cataluña**, cabe destacar sus percepciones en torno a los siguientes extremos:

Sobre el proceso de mediación, mencionan la trascendencia de la flexibilidad, dada la enorme cantidad de factores potencialmente presentes en cada caso interactuando e influyendo en su desarrollo, sin que eso signifique que no resulte igualmente necesario reglamentar los aspectos comunes e ineludibles para su correcto despliegue. Hay, pues, acuerdo en lo imprescindible y urgente de regular legalmente la mediación, como hay también recelo sobre lo certera que pueda resultar la actividad que a tal fin desarrolle el legislador en una materia tan delicada («Ley, sí, pero depende cuál», se afirma).

Sobre la organización del servicio en la justicia penal de adultos, las condiciones de trabajo se consideran, desde luego, mejorables: la situación laboral de los mediadores es calificada de «precaria»; no son personal del propio Departamento de Justicia y se sienten poco reconocidos profesionalmente: mal pagados y menos valorados. Desde el punto de vista puramente organizativo, los mediadores en Cataluña reivindican mejoras en la coordinación y el establecimiento de protocolos adecuados que faciliten su trabajo en todos los escenarios.

Tanto los coordinadores del Programa como los mediadores que integran el Equipo están de acuerdo en que, en principio, todos los delitos son mediables y afirman unánimemente que «el criterio para que un caso pueda ser objeto de un proceso de mediación no ha de ser la gravedad del hecho sino si las partes aceptan o no participar». No parece adecuado, pues, establecer previamente una tipología de conflictos mediables.

Por otro lado, como veremos que se manifiesta en otros lugares y por otros profesionales, los mediadores constatan que conflictos aparentemente leves (como los enfrentamientos entre vecinos, por ejemplo) pueden resultar muy complejos de resolver, mientras que la mediación por hechos típica y/o penológicamente graves puede conseguir resultados muy positivos y transformadores.

Los resultados satisfactorios de la mediación penal tienen que ver, para los mediadores, con sus cualidades preventivas. Aunque se admite que se trata de un aspecto poco estudiado todavía, la percepción generalizada entre los mediadores penales en Cataluña²⁵ es que la media-

²⁵ En este sentido se manifiestan tanto los que trabajan en la justicia juvenil como quienes lo hacen en el derecho penal de adultos.

ción penal evita conflictos futuros, y en tal sentido minimiza las condiciones que están en el origen de la reincidencia.

B. EUSKADI

En el primer informe realizado en **Euskadi**, en 2007, se detallan algunas consideraciones realizadas por los mediadores que merecen destacarse:

En torno a las víctimas manifiestan que las perciben desorientadas y desinformadas; destacan su generosidad. Los infractores acuden a las sesiones en su mayoría avergonzados.

Los casos más frustrantes son los de violencia familiar por las limitaciones que imponen las órdenes de alejamiento. Los más difíciles, los que guardan relación con intervinientes toxicómanos o enfermos mentales; también aquéllos que reflejan relaciones conflictivas enquistadas. Los casos graves, en su opinión, no se corresponden necesariamente con la calificación jurídica otorgada en el proceso penal sino con el nivel de preocupación y ansiedad que genera en las partes, en especial, la víctima y que no guarda relación directa con su trascendencia penal o sus consecuencias penológicas.

Los principales riesgos que aprecian son el efecto «net-widening» y la manipulación del proceso que puede realizar cualquiera de las partes, particularmente el infractor.

La principal carencia que observan es la ausencia de protocolos de seguimiento de los acuerdos alcanzados.

El principal obstáculo, la propia Ley (sic), tanto el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal que no regulan la mediación, como la L.O. 1/2004 que se ocupa de ella para vetarla.

En el informe de 2009, tras describir el perfil del mediador, una persona con formación jurídica general —más o menos amplia, pero siempre presente—; involucrada en los postulados de la justicia restauradora; que considera particularmente destacable realizar una visión global del conflicto y de su solución, y se preocupa por la relevancia jurídica de ésta, se realiza una «autoevaluación» del servicio: todos los que trabajan a diario en mediación valoran muy positivamente el servicio de mediación penal, muy relevante el trabajo que realizan y muy bien organizada su prestación²⁶. Consideran, por fin, que el tra-

²⁶ A lo largo del informe son frecuentes y elogiosas las menciones de los SMP al esfuerzo realizado desde la Dirección de Ejecución Penal de la Consejería de Justicia del Gobierno Vasco, por todo el equipo y en especial por su director hasta el año 2009, Xabier Etxebarria.

bajo en equipo es el medio natural en que se ha de desarrollar la mediación penal.

En cuanto a los casos que se deben derivar, nadie excluye los delitos graves: entienden que lo son si las consecuencias personales y las circunstancias del hecho los permiten valorar así con independencia de la calificación jurídica y la penalidad que les atribuyan las leyes penales; por ello estiman que en la práctica su catalogación no debiera depender tanto de la exclusiva percepción del juzgador. Por otra parte, si bien en los protocolos se propugna la adecuación de la mediación para tratar cualquier tipo de delito, se recogen también siete tipos de conductas delictivas para las que la mediación resulta especialmente recomendada. No son pocos los mediadores que opinan que este listado puede resultar contraproducente porque puede frenar la derivación de otros casos no incluidos en él, creando estereotipos en los operadores jurídicos sobre supuestos adecuados e inadecuados «per se» para mediar.

Respecto de las víctimas, las contemplan como las grandes beneficiarias del proceso. Se les proporciona un trato considerado, comprensivo y amable, se les informa y escucha. Los mayores problemas y riesgos están asociados a su victimización excesiva, su ánimo de venganza apenas disimulado en algunos supuestos y su eventual frustración en caso de que se incumplan sus expectativas. En el caso de los infractores, valoran negativamente la falta de compromiso y responsabilización y el utilitarismo con que a veces contemplan y se acogen al proceso de mediación. En todo caso, los mediadores ponen de manifiesto algo que luego se mencionará: el riesgo de que cada interviniente se instale en su rol particular, que en numerosas ocasiones no está tan definido como pudiera parecer.

Las principales carencias que se observan por los mediadores reproducen en gran medida las ya detectadas dos años antes, y tienen que ver con la necesidad de una regulación legal de la mediación y su propio estatuto; y la necesidad de un protocolo que facilite el seguimiento de los acuerdos adoptados; vinculado con esto último, también mencionan como mejorables la coordinación con la Fiscalía²⁷ y con los demás agentes vinculados a la atención a los usuarios de la justicia.

²⁷ Los mediadores mencionan en este sentido la fuente de conflictos que supone la distinta visión del resultado del proceso con respecto a los fiscales. Para éstos, lo determinante es que el concreto acuerdo se ajuste al principio de legalidad; para los mediadores lo esencial es asegurar la satisfacción de las partes en la solución del conflicto. A menudo ensamblar sus posiciones —ambas legítimas— resulta complicado.

C. GRUPO DE INVESTIGACIÓN DEL CGPJ

Los cuestionarios elaborados por el **Grupo de Investigación del CGPJ** y remitidos a mediadores de todo el territorio nacional pretendían detectar las dificultades que han de afrontar y las soluciones que adoptan durante el proceso de mediación tanto en sus relaciones con los intervinientes en aquél como con relación al propio procedimiento judicial. También interesaba conocer los obstáculos derivados de su situación orgánica en tanto que mediadores sin estatuto alguno que discipline su actividad.

Las respuestas recibidas, procedentes de Vitoria, de Zaragoza, de Cádiz, de Huelva y de Valladolid, merecen un sobresaliente, por lo atinado de sus reflexiones y lo juicioso de sus conclusiones. Para su análisis ordenado, haremos referencia a tres de ellas que representarían las diversas posiciones en que, en el momento actual, desarrollan los mediadores penales su actividad profesional; en un caso, ya institucionalizada y formalizada (Vitoria); en otro, en el marco de un programa que pese a contar con el apoyo explícito de la fiscalía, del gobierno regional y de la comunidad científica y universitaria más sensible, carece todavía del suficiente reconocimiento, difusión e implantación (Zaragoza), y el tercero, en el seno de un programa piloto en marcha pese a la escasez de medios y la mínima estructura organizativa (Valladolid, y en una situación muy semejante, Cádiz y Huelva).

Así, la mediadora de Valladolid señala como su principal problema respecto de los actores del proceso su limitada disponibilidad y la escasa confianza que perciben les conceden los Jueces. El mediador vasco entiende como dificultad, respecto de los Jueces, que sólo contemplen la mediación para los delitos leves y las faltas, y respecto de la fiscalía que consideren la mediación como algo ajeno al proceso judicial, de validez muy limitada, sólo referida al eventual acuerdo. Es muy destacable que este mismo mediador exprese como la mayor dificultad en el proceso su difícil engarce con el servicio de mediación, de manera que pese a los protocolos y los esfuerzos normalizadores, «al final, cada Juzgado tiene su manera de actuar», lo que, en su opinión, se deriva directamente de la ausencia de regulación de la mediación penal. También indica el seguimiento de los acuerdos como uno de los aspectos que más dificultades ocasiona. Por su parte, la mediadora vallisoletana, desde su particular perspectiva, se lamenta de la dificultad de localizar a los justiciables y de la falta de implicación en esa tarea del órgano judicial que les deriva.

Desde Zaragoza, el mensaje remitido destila reflexiva amargura. Más allá de las dificultades que deban afrontar en la gestión diaria de la me-

diación en unos Juzgados sobrecargados en que, por lo mismo, la derivación es discontinua, y de los desencuentros profesionales y colegiales con los abogados de la región —celosos por asegurar su control sobre el pleito y su influencia sobre la voluntad de sus clientes—, los obstáculos presentan un marcado carácter institucional, especialmente con la judicatura, por la ausencia de apoyo y reconocimiento a una tarea que los mediadores aragoneses²⁸ vienen desarrollando desde hace cinco años sin recibir contraprestación alguna, y la escasa atención que desde las instancias oficiales vinculadas al Poder Judicial se presta a la difusión y promoción de la mediación penal, lo que la convierte en la gran desconocida de la ciudadanía que, como consecuencia, se ve privada así de este importante servicio por ignorancia, porque «nadie usa lo que no conoce». Respecto de la incidencia del proceso mediador en el procedimiento penal, las eventuales dificultades tienen, para los mediadores de Zaragoza, un carácter procesal que trasciende a la mediación, incluidas las incidencias derivadas del incumplimiento de los acuerdos, cuyo seguimiento por el equipo de mediación es más una labor de corresponsabilidad o de acompañamiento a las partes que de seguimiento y control.

Finalmente, en cuanto a su situación orgánica, se destaca por todos los encuestados la ausencia de un marco legal de la mediación en el proceso penal y de un estatuto del mediador; si bien el mediador de Zaragoza alerta sobre los intereses económicos y, en su caso, corporativos que pueden estar detrás de su efectiva regulación e institucionalización.

6.4. *Personal de los Servicios de atención a los usuarios de la Justicia*

Nos hacemos eco en este epígrafe de las informaciones que sobre estos Servicios se contienen en los informes de evaluación realizados por la profesora Varona en su informe del año 2009 porque nos parecen relevantes y significativas: sirven fundamentalmente para apreciar su importancia y lo necesario de su presencia en colaboración o al menos coordinación con los SMP: éstos no pueden (ni quizá deban) resolver todos los problemas de fondo que están en el origen social de los delitos en el infractor, o aquellos otros problemas que le suceden, y que pueden afectar a ambas partes.

En Euskadi esa colaboración con los distintos servicios en el proceso de mediación se concreta, en la fase de acogida, si se detecta por

²⁸ Miembros de la asociación «¿Hablamos?».

los mediadores que la víctima carece de abogado, en su remisión al SAV (Servicio de Atención a la Víctima) para que sea asesorada sobre el posible acuerdo. El SAOS (Servicio de Asistencia al Detenido) funciona en los casos en que no resulta factible la mediación por la negativa de la víctima a participar o a suscribir el acuerdo. En la fase de seguimiento, el SAER (Servicio de Asistencia a la Reinserción) puede supervisar el cumplimiento de los acuerdos, especialmente cuando existe suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad o se han impuesto trabajos en beneficio de la comunidad. En todo caso, con el consentimiento del afectado, los SMP puede recabar de estos otros Servicios información que eventualmente pueda resultar útil a los fines de la mediación.

Cuestionado el personal de estos servicios (por separado, con formularios parecidos) acerca de su percepción de la mediación penal en adultos, entre las ventajas advertidas y sin apartarse de la mayoría de las comúnmente consideradas por otros intervinientes en el proceso, se menciona especialmente la evitación de la revictimación; entre los inconvenientes llama la atención que también se hace referencia a la doble victimización, al señalar la posible frustración frente a expectativas que no se cumplen, por no alcanzarse acuerdos o por no cumplirlos en los términos pactados. Respecto de los criterios de derivación que deberían tenerse en cuenta, desde el punto de vista victimológico destaca que se tenga en cuenta la actitud de las partes (su grado de responsabilización en el infractor, y de superación del duelo en la víctima) y la inexistencia de desequilibrios de poder entre ellos.

6.5. *Recapitulación y primeras conclusiones*

A. A PARTIR DE ENTREVISTAS Y CUESTIONARIOS A VÍCTIMAS, INFRACTORES, MEDIADORES Y PERSONAL DE SERVICIOS

Combinando los resultados de las percepciones derivadas de las entrevistas y cuestionarios realizados a víctimas e infractores así como a mediadores y al personal de los servicios de atención a los usuarios de la justicia en los informes mencionados, es posible extraerlos y mencionar algunos de sus aspectos más destacables:

Aunque la mediación parte de una distribución de papeles definidos y contrapuestos (en correlación con la posición de las partes en el procedimiento penal), la práctica ha permitido detectar que a menudo los roles son intercambiables; que otras veces, sin embargo, se diluyen y no pocas se instalan tan profundamente en el que ha correspondido

—muchas veces por azar— a cada uno de los intervinientes que se incomoda el desarrollo mismo de la mediación: sobre todo en los conflictos relacionales el papel de víctima depende de quién denuncie antes y esta situación se suele después intentar explotar por el interesado.

La satisfacción de las víctimas es muy intensa, correlativa con la reducción de la victimación.

Quizá lo más valorado por ambos grupos de intervinientes (y lo más ajeno a la lógica y la dinámica del procedimiento penal convencional): ser escuchados.

Se aprecia de forma notable entre los intervinientes la participación directa de ambos en las decisiones que les afectan, lo que resulta particularmente interesante por su incidencia sobre la prevención de la reincidencia y la revictimación.

Sobre la experiencia de justicia, lo más relevante según manifiestan las partes es la incertidumbre mientras quedan a la espera de la decisión del fiscal y la resolución judicial.

La mediación directa se aprecia como más ventajosa. En general, son las víctimas las más reticentes (también muchos infractores rechazan un encuentro directo con la víctima), pero una vez que se deciden, los beneficios contrastados son notables para ambos²⁹.

Se estima muy positivo que el planteamiento del proceso esté siempre orientado a un resultado: la reparación a la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al proceso.

Es muy destacable el alto grado de satisfacción de los usuarios, tanto en Euskadi como en Cataluña, con el trabajo de los mediadores en particular y con el funcionamiento de los Servicios de Mediación Penal en general.

B. A PARTIR DE LOS PARTÍCIPES A NIVEL INSTITUCIONAL

De las opiniones y apreciaciones de los partícipes a nivel institucional en la mediación penal se pueden inferir numerosas conclusiones; sin ánimo exhaustivo, cabría destacar las siguientes:

Sobre la operativa en el desarrollo del proceso, y sin perjuicio de la heterogeneidad de sus prácticas (que merecerá mención aparte, más

²⁹ La utilización en este ámbito de las nuevas tecnologías sólo está contemplada en el Libro Blanco, para referirse a la acogida en un futuro cercano de lo que llama la «mediación on line», y dar cuenta de la falta de unanimidad entre los participantes acerca de sus bondades; si bien la mayoría lo acepta y valora positivamente, una minoría considera que «el encuentro cara a cara no puede sustituirse» (págs. 680 y 701).

adelante), quizá la palabra clave sea *coordinación*. Coordinación de los mediadores con el órgano judicial para evitar intervenciones que se anticipan a su conocimiento oficial por el interesado; para facilitar el contacto inicial con las partes («a veces más complicado que la mediación en sí», indica un mediador); para informar sobre los resultados del acuerdo a los abogados de las partes facilitándoles su tarea de asesoramiento, y a la Fiscalía para que proceda a examinar el contenido del acuerdo y lo declare, en su caso, conforme.

Por lo mismo, se constata la necesidad de mejorar el seguimiento del cumplimiento del acuerdo. Se considera importante evitar incumplimientos y apuntalar el compromiso de las partes dotándolo de fuerza vinculante. En este punto, se considera importante afianzar las relaciones de cooperación y colaboración con los servicios de atención a los usuarios de la justicia (atención a las víctimas, etc.) y el trabajo en red con todos los servicios, públicos y privados, que tratan de atender las necesidades de fondo de los usuarios de la justicia.

Se aprecia como positiva la existencia de estándares homogéneos de actuación en el proceso de mediación penal: se puede ser flexible en las formas porque existen y se respetan unos principios básicos comunes de actuación. Sin embargo, ya veremos que cabe preguntarse si —en los lugares donde están previstas— se atienden debidamente tales pautas de normalización.

7. La mediación penal en directo

7.1. *La mirada exterior. El examen directo y documental de la mediación*

Uno de los contenidos más instructivo y descriptivo de la realidad de la actividad mediadora y su incidencia en el procedimiento penal es el que se deriva de las observaciones de algunas de las sesiones de mediación realizadas en los cuatro servicios del País Vasco, por parte del equipo de la profesora Varona, así como el análisis de determinados procedimientos penales seleccionados por los SMP, de entre los derivados a mediación, con caracteres diferentes tanto por los intervinientes como por las decisiones que se adoptaron, y que por lo tanto corrieron suertes también distintas.

Una actividad semejante —en lo que al examen directo del proceso de mediación se refiere— fue también realizada por los autores del Libro Blanco, en el que se ha dedicado un epígrafe a la descripción de casos seleccionados de entre los 15 estudios realizados, asistiendo a 5 procesos completos de mediación penal. La metodología utilizada in-

cluía la descripción de un encuentro entre infractor y mediador en el estadio que el Libro llama de «premediación», es decir, los primeros compases de la fase de acogida, y en concreto el primero que se realiza con sus intervinientes, en este caso, y siguiendo los protocolos, con el presunto infractor, para seguidamente referir dos sesiones de mediación directa entre víctima e infractor.

A. OBSERVACIÓN DIRECTA DE LAS SESIONES DE MEDIACIÓN PENAL

La reunión con el imputado (preso preventivo en un centro penitenciario) realizada por una mediadora del SMP de **Cataluña**, de 30 minutos de duración, es particularmente interesante no tanto porque de la misma se dedujeran consecuencias reseñables para el posterior proceso de mediación (de hecho, la mediación no tuvo lugar porque a la víctima le pareció insuficiente la oferta reparadora del infractor), sino porque pone en evidencia las enormes dificultades que entraña la tarea del mediador, tanto técnicas (hubo de intervenir en repetidas ocasiones para ordenar el discurso del infractor, que pretendía imponer su lógica y su ritmo) como logísticas (el encuentro tuvo lugar en el locutorio del centro penitenciario, donde los trámites burocráticos se eternizaron, se carecía de espacio bastante siquiera para desplegar documentos o tomar notas y en ningún momento hubo privacidad).

De las dos mediaciones directas descritas en el Libro Blanco, la primera se refería a un caso de robo con violencia entre extranjeros, pakistaní la víctima y ecuatoriano, el infractor, desarrollada también aquí en condiciones materiales muy precarias y difíciles, en una Sala de Audiencias, sin mesa, en un ambiente tenso, si bien merced a la magistral actuación de las mediadoras pudo ser finalizada con un acuerdo reparatorio de carácter moral. Ese mismo desenlace se produjo en la segunda mediación narrada, que se desarrolló en un clima menos adverso y también concluyó con acuerdos de reparación moral (se trataba de unas lesiones recíprocamente causadas por dos conductores en un leve incidente de tráfico), previa renuncia mutua de las acciones civiles.

Las visitas a los Servicios de Mediación Penal de **Euskadi**, en las cuatro localidades donde tuvieron lugar, Baracaldo, Bilbao, San Sebastián y Vitoria, permitieron también comprobar y contrastar las condiciones en que se presta allí el servicio, y los resultados que se obtienen.

Así, en Baracaldo, se deja constancia de que las sesiones de mediación se desarrollan en una sala amplia, cercana al SAV, con una pizarra donde se pueden leer las reglas: hablar por orden, respetuosamente, buscar el acuerdo, ser sincero. También se cuenta con una cámara para

la grabación de las sesiones. La sesión observada trató sobre unos hechos calificados de falta contra las personas: Las partes son vecinos. El denunciante es hombre, joven; la denunciada, una mujer anciana con problemas mentales no diagnosticados; acude con su marido y su hija. Llevan más de diez años con problemas de mala vecindad. Él no quiere tener que volver a denunciar de nuevo. Quiere llegar a un acuerdo que asegure el tratamiento por los servicios médicos de la denunciada, renunciando a las acciones si se cumple el compromiso. La sesión se desarrolla en un ambiente cercano y relajado. Acuden, a indicación de la mediadora, al SAV —que está situado puerta con puerta—, para consultar el acuerdo propuesto que pasa por una comparecencia ante el fiscal para acreditar la realización del tratamiento médico en que consiste. El denunciante parece más confiado al conocer que intervendrá la fiscalía. La hija —que habla y negocia en nombre de su madre— dice, en cambio, que eso no la tranquiliza, que desconfía de la justicia.

En Bilbao, la mediación se lleva a cabo en una sala amplia. Hay una pizarra en la que también están escritas las reglas: respeto, cortesía, sinceridad, guardar el orden de la palabra, buscar el acuerdo. Sobre la mesa, un paquete de «Kleenex». Se media un delito de atentado. El denunciante, un agente de la Ertzaintza, de mediana edad; la denunciada, una mujer joven, latinoamericana, que llega al lugar muy nerviosa, con un bebé (que queda al cuidado de otro mediador en la oficina del SMP). El denunciante, al entrar en la sala, toma la iniciativa de darle la mano a la imputada. Ella le ha escrito una carta, disculpándose, explicándose: creyó que iban a quitarle a su hija, por eso actuó con violencia, «no quiero ir a la cárcel y perderla»; está dispuesta a hacer cualquier cosa para repararle. El agente se apresura a indicar que renuncia a las acciones civiles: «con la mediación ya estoy reparado», dice, y aclara que no desea nada de ella que implique humillación o sumisión, «ni tú lo mereces, ni yo lo necesito». Ambos se emocionan: se usan los «Kleenex». La mediadora explica que, como para la fiscalía se trata de un hecho muy grave (se piden 3 años de prisión), la reparación debe ser proporcional y ejecutarse con rapidez. Se acuerda una reparación simbólica en forma de voluntariado; ella se compromete a realizarlo en tres meses y a aportar certificado de su cumplimiento.

En San Sebastián, el local está peor acondicionado, sin luz natural, sin entrada directa a las dependencias, con una insonorización inadecuada. El caso a mediar es difícil, leve en cuanto a sus resultados, pero grave en cuanto está comprometiendo la paz y la tranquilidad personal y colectiva en el vecindario de que ambos intervinientes forman parte. La sesión es tensa desde el principio hasta el final. En varias ocasiones a lo largo de la negociación, que dura hora y media, se estuvie-

ron a punto de romper las conversaciones. Se intentan establecer unas normas mínimas de convivencia pero sin convicción. Las observadoras hacen constar en el informe —sin que se pueda determinar a quién atribuir tal reflexión— las dudas sobre si en un caso tan nimio objetivamente como éste merece la pena invertir tantos recursos en mediar y en juzgar³⁰.

En Vitoria, en un local adecuado y cómodo, se observa una mediación por una presunta falta contra el patrimonio; el denunciante, un hombre joven, abogado, en representación del Ayuntamiento; los denunciados, dos muchachos jóvenes. Ambiente tranquilo, sin tensión. Los chicos se ofrecen a presentar un dossier proponiendo al Ayuntamiento la «decoración» de murales en lugares autorizados y cursillos de «graffiti» para chavales en un centro cívico. El denunciante queda a la espera de que en 15 días se presente el documento y aunque no puede comprometerse en nada personalmente, está convencido de que obtendrá una respuesta positiva de los responsables en el Ayuntamiento. El acuerdo queda, así, pendiente de firma, pero cerrado. Ambas partes se dan la mano.

B. OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

Reflejada detalladamente en el informe GV.2, para realizarla se seleccionaron libremente una serie de casos —dos o tres— por cada uno de los SMV, de entidad y tipología delictivas similares. Todos los procesos seleccionados fueron mediaciones directas. La muestra no es representativa, ni lo pretende, pero sí resulta muy ilustrativa.

De los casos seleccionados en Baracaldo, referidos a procedimientos por delito, en uno no se alcanzó ningún acuerdo. Terminó con sentencia absolutoria sin mención alguna a la mediación intentada; en los otros dos hubo acuerdo. Uno de los Juzgados de lo Penal dictó auto decretando el archivo de las actuaciones, apoyándose en el principio de intervención mínima, que procede en este caso dada «la escasa trascendencia social de los hechos imputados y (una vez) restablecida la paz social, fin inspirador del proceso penal, por el perdón del ofendido». El otro Juzgado de lo Penal dictó sentencia de conformidad, sin mencionar el proceso de mediación.

³⁰ Cabría, sin embargo, preguntarse si no son precisamente estos casos en donde la mediación se muestra en toda su grandeza y cumple, aun no desembocando en acuerdos palpables, su función quizá menos brillantes pero más valorable, la pacificadora y pedagógica.

En Bilbao se seleccionaron dos casos, por delito. En uno, la mediación no llegó a buen fin porque no compareció el imputado. El Juez de lo Penal dictó Sentencia condenatoria, también en ausencia. En el otro hubo acuerdo, dictándose sentencia condenatoria de conformidad, en cuyos hechos probados se hizo constar expresamente la existencia del proceso previo de mediación.

En San Sebastián, se seleccionaron dos procedimientos por delito. En uno de ellos, había imputaciones cruzadas entre ambas partes. Uno de los intervinientes estaba conforme y dispuesto a mediar; el otro asistió a la sesión pero no reconoció su participación en los hechos. Se celebró el juicio, practicándose la prueba. Se dictó sentencia, condenatoria respecto del primero y absolutoria en relación al segundo. En el otro caso, la mediación dio lugar a un acuerdo; la sentencia condenatoria de conformidad mencionó expresamente, en los antecedentes de hecho, el acuerdo de mediación y acordó se comunicara la resolución, además de a las partes, a los mediadores.

En Vitoria, de los dos casos seleccionados, en uno de ellos la derivación tuvo lugar en el Juzgado de Instrucción. La víctima de la falta de lesiones e injurias tramitada abandonó la mediación a pesar de ser consciente de que alguno de los acuerdos ya mediados le eran favorables. Se celebró el juicio y se dictó sentencia condenatoria en términos menos gravosos que los interesados por el fiscal fundamentándolo el Juez en «la levedad de los hechos enjuiciados». No se mencionó la previa y frustrada mediación. El segundo caso se derivó en el Juzgado de Instrucción por una falta de vejaciones entre partes con conflictos ya añejos y enrocados. Se llegó a un acuerdo que ambos admitieron como suficientemente satisfactorio, y se dictó auto declarando extinguida la responsabilidad penal y el archivo de las actuaciones.

7.2. *Visión introspectiva. La Mediación Penal a partir de la opinión de jueces y fiscales*

Este epígrafe se ha elaborado a partir de las respuestas obtenidas de un grupo de nueve titulares de órganos judiciales y veintiuna fiscalías que tienen incorporada la mediación penal a su actividad judicial, a un cuestionario elaborado por el Grupo de Investigación en Mediación Penal del CGPJ, en junio de 2010, con objeto de conocer de primera mano las opiniones, impresiones, dudas y certezas, pragmáticas y dogmáticas, que la mediación penal genera en quienes se hallan al frente de cada proceso de mediación, en su condición de juez o fiscal, cualquiera que sea el marco geográfico en que se desenvuelvan y de-

sarrollen sus concretas tareas. Se trataba de contrastar la situación actual de la mediación penal intraprocesal en España a partir de los datos recabados de los jueces y fiscales que en ella trabajan. Para ello se le preguntó su opinión acerca del presente y futuro de la mediación, sobre su relevancia e influjo en el procedimiento penal, sobre su incidencia real en el cotidiano quehacer de cada oficina judicial, para a partir de sus respuestas inferir la influencia de la mediación penal en la transformación o evolución del proceso penal, y el efecto que está llamada a producir en las decisiones de política criminal a adoptar en un futuro próximo.

Las respuestas recibidas evidenciaron el enorme interés por parte de los jueces y particularmente de los fiscales por dar a conocer sus opiniones e inquietudes; su contenido, sus respuestas, ricas y sugerentes, revelan un elevado grado de reflexión y elaboración.

Con el fin de conseguir una exposición más organizada del contenido de las respuestas obtenidas, fueron ordenadas y resumidas por bloques temáticos, del modo que sigue:

A. LA MEDIACIÓN PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL JUEZ

En la panorámica que se despliega desde las respuestas de los Jueces a nuestra encuesta, las luces superan a las sombras. Desde la perspectiva del Juez los aspectos positivos son más numerosos y tienen mayor alcance: la mediación mejora el sistema de justicia penal incluso en los casos en que meramente se ha intentado, sin llegar a un acuerdo; crea cauces de escucha al justiciable, mejorando el trato personal; propicia el acercamiento del ciudadano a la justicia. Las ventajas para la víctima son equiparables a las que eventualmente obtiene el infractor³¹, la escucha, la participación, la satisfacción material y la tranquilidad psicológica; por el lado del infractor, la responsabilización, la prevención, la reparación activa. La satisfacción para ambas partes se repite en numerosas respuestas: lo expresaremos más en detalle en el último epígrafe.

Las dificultades o aspectos negativos que se detectan, vienen dados por la falta de regulación³² y algunas de sus consecuencias: la ausencia

³¹ Éste es, quizá, uno de los aspectos que se percibe distinto en la lectura de las encuestas de los fiscales; para éstos debe ser la víctima la beneficiaria de la mediación; las ventajas que pueda en su caso obtener el imputado son accesorios y en todo caso equiparables a las que conseguiría con una conformidad y, por lo tanto, no atribuibles ni necesariamente vinculados al proceso de mediación.

³² Mencionado también por los fiscales como el principal obstáculo que dificulta la práctica de la mediación.

del principio de oportunidad en la legislación penal de adultos; la ignorancia de la existencia misma de la mediación o de algunos o muchos de sus caracteres; la desconfianza y resistencia a su admisión por parte de los intervinientes y operadores jurídicos (sobre todo, abogados).

Parece interesante destacar lo frecuentemente que aparece en las respuestas de los jueces —relacionándolo con los aspectos negativos de la mediación— las dificultades de localización de las partes en el proceso, como si de un defecto o efecto consustancial a la mediación se tratara, sin vincularlo a la saturación de asuntos en los Juzgados y a las dilaciones en su tramitación, fenómeno que afecta en general a la totalidad de los órdenes judiciales³³.

B. EL DESPLIEGUE DE LA MEDIACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO

Llama la atención la diversidad de métodos, de modos, de medios, de recursos, en la práctica cotidiana de la mediación. Ni siquiera en aquellos territorios en que su implantación está institucionalizada, y el proceso normalizado, se actúa de manera homogénea: «en cada Juzgado —como denunciaba un mediador vasco— «tienen su manera de actuar». Si hiciera falta reivindicar la necesidad de regulación de la mediación con un solo argumento, podría muy bien ser éste.

Se ha organizado este epígrafe por zonas geográficas en la creencia de que globalizando por Comunidades Autónomas se conseguiría simplificar la interpretación de los datos y visualizar más fácilmente las diferencias. Pero como se puede apreciar más adelante, no ha sido así: la diversidad existe incluso en localidades de una misma Comunidad y —más aún— hasta en Juzgados de la misma localidad.

1.º Cataluña³⁴

Existen protocolos de actuación, pero se constata que no son observados fielmente. Por otra parte son numerosas las quejas, sobre todo en las ciudades periféricas a Barcelona capital, por la falta de medios y el exceso de trabajo.

³³ Los fiscales sí hacen numerosas referencias a los efectos de la mediación en los tiempos de tramitación del procedimiento: en unas ocasiones para expresar que con la mediación se agiliza y en otras, que se ralentizan los trámites.

³⁴ Sobre siete encuestas de fiscales (Tarrasa, Mataró, Sabadell, Granollers, Tarragona, Lérida y Barcelona) y dos de jueces (Barcelona, Juzgado de Ejecutorias; Tarragona, Juzgado de instrucción).

La derivación suele ser decisión del Juez al tomar declaración a las partes. La derivación al SMP y la paralización de los trámites se comunica al abogado a veces antes que al Fiscal (porque nunca está presente en las declaraciones, se aclara). En Tarrasa, el Fiscal deriva a mediación tras visar el escrito de acusación y «comentarlo» con el fiscal que ha calificado. De haber acuerdo, lo comunica el SMP y desde la Fiscalía se contacta con el abogado de la defensa para presentar el escrito de acusación conjunto.

La suspensión del procedimiento oscila entre 2 y 3 meses (aquí sí, conforme al protocolo), y se comunica por el Juzgado primero al abogado y después al fiscal. En Tarragona, sin embargo, es el SMP el que lo pone en conocimiento de las partes (el Juez manifiesta que ni siquiera sabía que existieran cartas o modelos de ofrecimiento de la mediación a los intervinientes a practicar desde el propio Juzgado).

Sobre el momento ideal para derivar a mediación no hay acuerdo, pero la mayoría se decanta porque sea antes del juicio oral, para evitarlo. Pueden pasar por anécdotas (y ojalá lo fueran): según la fiscalía de Sabadell, allí se practica «la mediación sin equipo técnico»; la falta de medios aboca a que la labor de mediación la realicen personalmente los jueces y los fiscales; el veto de la LO 1/2004 combinado con la absolución en las causas por delitos de violencia sobre la mujer, les lleva a invitar a los justiciables, una vez decretado el archivo de la causa, a acudir a la mediación para solucionar su problema.

2.º Euskadi³⁵

Hay protocolos de actuación que se siguen en líneas generales, con algunas desviaciones que, en general, tienen que ver con los actos de comunicación a las partes (se detallará más este extremo en el epígrafe siguiente).

La derivación es decisión del Juez, de oficio, o a instancia de parte; también puede serlo «a sugerencia» de los intervinientes en el proceso, incluido el Secretario. El Fiscal de Baracaldo indica que se deriva sólo si el Fiscal no se opone. Uno de los Jueces de la misma localidad refiere que la primera comunicación al Fiscal es la notificación de la providencia acordando la derivación, y otro señala que no lo hace. La Fiscalía de Álava indica que pese a lo que establece el protocolo, la derivación la decide el Juez a discreción, sin contar con el Fiscal; el Ministerio fis-

³⁵ Sobre tres encuestas a fiscales (Baracaldo, Vizcaya, Álava) y dos a jueces (ambos de Baracaldo).

cal interviene tras el acuerdo para concertar el acta de acusación con la defensa.

La suspensión del procedimiento se acuerda por uno o dos meses (la fiscalía de Álava añade: «pero cada Juzgado hace lo que quiere»).

Todos coinciden en que el mejor momento procesal para la mediación es durante la fase de instrucción, y el mejor instrumento (según los Jueces), las Diligencias Urgentes para conseguir la rebaja del tercio de la pena.

3.º Aragón³⁶

No se menciona la existencia de protocolos o pautas normalizadas de actuación.

La derivación la hace el Juez, de oficio, aunque cabe que se decida también a instancia de parte, en base a criterios no tasados (se señalan algunos, como la proximidad de los afectados, no se sabe si geográfica o personal, ni respecto de qué o quién). La puesta en conocimiento de la mediación al Fiscal y a la defensa se produce cuando hay acuerdo.

El procedimiento se suspende de dos a tres meses.

El momento más idóneo para la mediación, según los encuestados, puede ser cualquiera, pero preferiblemente antes del escrito de calificación del fiscal.

4.º Navarra³⁷

Parece que existen protocolos y servicio de mediación.

En palabras del Juez: preselecciona el Secretario, selecciona el Juez, y deriva la oficina judicial, desde donde se mandan las cartas a los interesados. Según se deduce de ambas encuestas, de haber acuerdo, las partes (no el Juzgado) lo comunican a los abogados y éstos contactan con el Fiscal. Como indica el Juez, tras el acuerdo, el Juzgado se ocupa de señalar, lo que —añade— «para la oficina es un incordio».

El plazo de paralización del procedimiento lo fija el Servicio de mediación.

Todas las fases procesales son válidas para derivar a mediación. El fiscal exceptúa la ejecución, o en todo caso, de admitirse en esta fase, sólo habrá de afectar a la responsabilidad civil, no a la pena que ya está impuesta y ha de cumplirse.

³⁶ Sobre tres encuestas a fiscales, uno de Zaragoza y dos de Calatayud.

³⁷ Sobre dos encuestas, a un juez y un fiscal en Pamplona.

5.º La Rioja³⁸

Reciente programa piloto, en marcha.

Deriva el Juez; pueden proponerlo el fiscal y las partes. La Secretaria se comunica verbalmente con las partes y los abogados (no hay carta ni modelo de comunicación escrito), previo informe del Ministerio fiscal. Si hubiera acuerdo, se pasa al Fiscal para que informe sobre los trámites a seguir.

No hay plazo establecido de suspensión del trámite.

Todas las fases procesales se contemplan válidas para la mediación.

6.º Castilla-León³⁹

Parece que, al menos en Valladolid, hay protocolo de actuación al que se ciñen.

Deriva el Juez. El Juzgado remite las cartas a los intervinientes e informa a los abogados (no indica cómo). El Ministerio fiscal es «avisado».

El plazo de suspensión no está determinado; suele ser un mes.

Se admite que la fase más idónea para la mediación puede ser cualquiera. El Fiscal añade que en ejecución solo debe afectar a la responsabilidad civil, no a la pena impuesta.

7.º Madrid⁴⁰

No se mencionan en ningún caso los protocolos.

En un caso, la derivación parte del acuerdo entre juez y fiscal. Es el fiscal quien se comunica con las partes. De haber acuerdo, también el fiscal se ocupa de contactar con el abogado para acordar los términos de la conformidad. En otro caso, la iniciativa parece depender del interesado que por medio de la Asociación Apoyo contacta con el fiscal quien se ocupa de comunicarlo a los intervinientes.

La mediación que se practica en el Audiencia Provincial comienza con la selección del asunto, que realiza el Magistrado ponente; se remite después a Fiscalía para informe y, en su caso, se convoca al infractor y a su abogado así como a la víctima para informarles de la posibi-

³⁸ Sobre una encuesta al fiscal.

³⁹ Sobre dos encuestas: al fiscal, en Burgos; al juez, en Valladolid.

⁴⁰ Sobre dos encuestas a fiscales.

lidad de someterse a un proceso de mediación. Nada se indica sobre la forma de la convocatoria, ni quién informa, ni el plazo de suspensión del procedimiento, de haberlo.

En los procedimientos ante los Juzgados unipersonales no hay periodo de suspensión del trámite prefijado («suele ser corto»).

En cualquier fase del procedimiento penal cabe hacer mediación.

8.º Valencia⁴¹

No se menciona la existencia de protocolos.

Deriva el Juez, que informa al abogado. El Servicio de Mediación comunica con los interesados e informa al Fiscal, si hay acuerdo, para que negocie con el abogado la conformidad. Es el fiscal quien lo comunica después al Juzgado.

No hay plazo fijado para la suspensión del procedimiento.

La mediación se admite desde el escrito de acusación hasta el juicio oral; en fase de ejecución se considera imposible porque sólo cabe exigir que se cumpla la sentencia dictada en sus términos.

9.º Andalucía⁴²

Se infiere, aunque no se menciona expresamente, la existencia de protocolos.

En Cádiz, la derivación es el resultado del acuerdo entre Juez y Fiscal. El Juzgado contacta con el imputado y el abogado y se remite el expediente al SMP. En Jaén, la decisión de derivar se toma por el Juez con el informe de la Fiscalía. Si hay acuerdo se cita a las partes, al abogado y al mediador (éste último para que ratifique el acuerdo, con los demás); el Ministerio fiscal asiste también a la ratificación y modifica, en su caso, el escrito de acusación para articular la conformidad.

El plazo para la suspensión del procedimiento en Cádiz es indefinido; en Jaén, de uno a tres meses.

Se reputan hábiles todas las fases del procedimiento para mediar, si bien se señala que en fase de instrucción hay que actuar con especial cautela respecto de los juicios rápidos.

⁴¹ Sobre una encuesta remitida por la Fiscalía de Alicante.

⁴² Sobre dos encuestas a fiscales, en Jaén y en Cádiz. También se ha tenido en cuenta el contenido de la ponencia de J.M. FERNÁNDEZ APARICIO, «La experiencia mediadora en la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Jaén», a modo orientativo.

C. LA MEDIACIÓN PENAL Y SU INFLUENCIA EN EL PROCESO PENAL ACTUAL

1.º Pautas que disciplinan las causas de sobreseimiento

Jueces. Como sabemos, el número de jueces que respondieron a la encuesta ascendió a nueve. De ellos, tres no han respondido a esta concreta pregunta; de los demás, hay tantas tesis como respuestas; así, se mencionan: las pautas contempladas en la legislación de menores; incorporando el principio de oportunidad en el derecho penal de adultos; articulando el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal; conjugando la escasa entidad del hecho con la reparación del daño, o admitiendo el sobreseimiento sólo para las faltas y para los delitos llegar hasta sentencia con aplicación de la atenuante de reparación en la extensión que proceda.

Fiscales. Como en general ha ocurrido en todas las respuestas recibidas, las de los fiscales no sólo son más numerosas sino también más matizadas. En este caso, aunque tres de ellos no han respondido, el resto ofrece numerosas opciones que en muchos casos son explicadas con detalle. En cuanto a las faltas, hay consenso sobre lo indicado del sobreseimiento en caso de mediación. La referencia al principio de oportunidad, en especial vinculado a infracciones menos graves si se ha reparado totalmente, en las causas por delito, está presente en casi todas las respuestas. En general, se mencionan tres criterios que han de conjugarse: la gravedad del hecho; la penalidad prevista y la naturaleza jurídica del delito. También hay quien se opone a la posibilidad de contemplar el sobreseimiento en las causas por delito: bastaría la atenuación de la pena en el dictado de una sentencia de conformidad; y no faltan soluciones «foráneas»: la suspensión de la ejecución del fallo al modo anglosajón.

2.º El principio de presunción de inocencia

Puede parecer sorprendente que esta materia tan disputada, tan debatida, tan controvertida, no sea considerada como problema salvo por dos de los treinta encuestados. Pero así es. En general, las respuestas, su contenido y su tono, evidencian ausencia de preocupación en los encuestados, rozando en este punto —lo que no deja de ser singular— la casi unanimidad.

Jueces. La mayoría expresa la certeza de que si en el proceso de mediación se respetan los principios básicos que informan la institución, en especial, la confidencialidad, la privacidad de las sesiones y la inaccesibilidad de la documentación manejada, no se hace preciso establecer mecanismos específicos para preservar el principio de presun-

ción de inocencia, resultando así perfectamente compatible con la mediación penal.

La unanimidad se rompe cuando se trata de determinar los casos en que el imputado ha de ser invitado a tomar parte en el proceso: las respuestas abarcan todo los escenarios posibles: desde el que indica que sólo debería ser convocado quien reconoce los hechos expresamente hasta el que sostiene que el ofrecimiento debería tener carácter obligatorio con independencia del comportamiento observado por el acusado.

La divergencia entre los hechos reconocidos y los recogidos en el acta de acusación también da lugar a todo tipo de respuestas; hay quien considera que no es posible alterar la calificación jurídica como resultado de una mediación y hay quien se pregunta por qué no y evoca lo que a diario sucede con las conformidades.

Sobre la compatibilidad del principio de presunción de inocencia con el reconocimiento de hechos por escrito, en el acta, en general se estima compatible siempre que se asegure la libertad de decisión y la asistencia letrada del imputado.

Fiscales. Tampoco por parte de los Fiscales se manifiesta inquietud o exigencia específica para velar por la protección de la presunción de inocencia. Sólo dos de los encuestados se refirieron a ello como «problema» y sugirieron, en su caso, como eventuales soluciones que la ley excluya expresamente al órgano judicial del conocimiento del proceso de mediación y que el imputado goce de asistencia letrada eficaz.

Como los jueces, para los fiscales el reconocimiento de los hechos por el imputado no es un presupuesto unánimemente exigido para ser invitado al proceso de mediación: seis consideran que debe ofrecerse a todos y tres advierten que el reconocimiento bien puede ser genérico y no coincidir con los hechos contenidos en el acta de acusación; en la opción opuesta, para dos de los encuestados, es precisamente el reconocimiento expreso de los hechos imputados lo que otorga sentido a la mediación.

A juzgar por las respuestas de los fiscales, la eventualidad de alteración de la calificación jurídica no es muy frecuente en la práctica. Hay quien sostiene que no es que no se dé, sino que sería imposible porque lo que ocurra en el proceso de mediación no puede alterar el relato fáctico al no haberse realizado a presencia judicial. Admitida como posibilidad, se estima que en caso de que se produzca procedería la celebración del juicio oral como de ordinario.

La inmensa mayoría coincide en considerar compatible el principio de presunción de inocencia con la constatación del reconocimiento de hechos y la reparación en acta escrita. Minoritariamente, en un ex-

tremo, hay quien afirma que no sólo es compatible sino imprescindible, si no, la mediación penal pierde su sentido y pasa a constituir «un elemento gravemente perturbador del sistema»; en el otro, se sostiene que el acta no tiene por qué contener reconocimiento de los hechos imputados.

3.º La reparación

Jueces. Las respuestas difieren; es mayoritario el considerar precisa la reparación aunque no sea total antes de la resolución final del juicio. Hay quien la hace depender de la voluntad de las partes expresada en el acuerdo y estar a sus términos.

Fiscales. Aquí sí se da unanimidad en las respuestas y los razonamientos: se estima necesaria la reparación previa (salvo imposibilidad material, como en caso de que se acuerde en Diligencias Urgentes de juicio rápido), y de no ser posible, por ejemplo, en supuestos de cantidades elevadas o reglas de conducta dilatadas en el tiempo, ante su eventual incumplimiento, proceder a la revocación de los beneficios que hubiera obtenido el reo, siempre que —añade un encuestado— no se trate de un incumplimiento puntual u ocasional. El motivo más común para tal exigencia se apoya en que no se suele prever ningún mecanismo de seguimiento del acuerdo y del cumplimiento de los compromisos que los controle, de manera que la reparación posterior al juicio oral, al no hallarse fiscalizada, suele frustrarse; la fundamentación más técnica lo vincula al eventual reconocimiento del sobreseimiento derivado de la mediación y la imposibilidad de reapertura de la causa⁴³.

4.º Ejecución de Sentencia

Jueces. De las nueve encuestas, en dos no respondieron a esta cuestión; los que sí lo hicieron relacionaron los diversos beneficios aplicables a los reos en esta fase del procedimiento: suspensión y sustitución de la pena; renuncia a la responsabilidad civil; beneficios penitenciarios; indulto. Uno de los jueces expresó la necesidad de regular cuidadosamente la paralización del trámite para evitar la prescripción de la pena.

Fiscales. No todos admiten la posibilidad de mediar en esta fase procesal: las sentencias están para ejecutarse en sus propios términos,

⁴³ Cabe suponer que para que no se produzcan las consecuencias que sobre las mediaciones en el derecho penal de menores ha generado la reforma de la Ley del Menor a consecuencia de la Ley Orgánica 8/2006.

dicen. En los que sí la admiten (algunos se expresan en condicional) las opciones son idénticas a las de los jueces.

D. EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LAS DECISIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

1.º Tipos penales

Dos tercios de los jueces entrevistados consideran factible la mediación penal en delitos graves; el porcentaje se sitúa en casi la mitad si los encuestados son los fiscales. Se excluye por muchos fiscales la elaboración de listas cerradas de tipos, mientras algunos entienden aconsejable establecer límites a los tipos mediables. Se concreta por algún encuestado que los delitos no susceptibles de mediación en ningún caso serán los delitos contra la libertad sexual, mientras que en otra de las encuestas, el fiscal relata la satisfactoria experiencia de mediación realizada en un caso de delito de exhibicionismo con varios niños víctimas (con la intervención añadida —y mayor dificultad por tanto— de sus padres).

La violencia de género es considerada materia mediable por siete de los nueve jueces encuestados (quienes opinan lo contrario lo explican porque la ley lo prohíbe y porque la mujer-víctima podría sentirse coaccionada). Más del 90% de los fiscales suscribe también esta opinión. De quienes sostienen la posibilidad de mediar en estos tipos, parece que entre los jueces la disposición es más abierta y confiada; los fiscales se muestran más circunspectos y cautelosos: la mayor parte de sus respuestas dan comienzo con expresiones como «depende», «es posible», «podría ser»...

2.º Características del autor

Salvo uno de los nueve jueces preguntados, que admite abiertamente que no sabe, la respuesta de la gran mayoría coincide en afirmar que la mediación penal cabe respecto de todo tipo de infractores, incluso reincidentes. De los fiscales, tres cuartas partes coinciden en esta opinión aunque con más cautelas o atendiendo a las circunstancias de cada caso⁴⁴, excluyendo a los multirreincidentes y a los habitua-

⁴⁴ Creemos de interés reseñar el razonamiento de uno de los fiscales encuestados que se decanta por estar a lo que en cada caso pudiera resultar más apropiado sin descartar la reincidencia sino precisamente por ella, porque en ocasiones nos podría estar indicando la necesidad más intensa de intervenir para conocer en profundidad los orígenes del comportamiento del autor y hallar, en consecuencia, una solución del conflicto, más allá de la puramente punitiva.

les. Cuatro de veintiuno sostienen que la mediación sólo debiera aplicarse a los delincuentes primarios.

Casi la mitad de los jueces no contesta a la cuestión referida a la posibilidad de mediar interviniendo menores o incapaces, y quienes lo hacen, salvo uno, responden negativamente. Da la impresión de que las opiniones sean —en este supuesto más que en los demás— el producto exclusivo de la concreta experiencia personal. Sólo uno de los nueve jueces admite la mediación penal interviniendo menores y la cifra asciende a dos sobre nueve si hablamos de incapaces. Sin embargo, uno de los jueces que se manifiesta negativamente respecto de los menores, contesta afirmativamente al supuesto de mediación con incapaces porque —según relata— hizo mediación con una persona afectada por el síndrome de Down y todo fue muy satisfactorio.

De los fiscales, un tercio se opone a la mediación con personas incapaces y un poco menos, con menores.

Sólo una de las treinta encuestas hace referencia a los infractores extranjeros. Uno de los fiscales se lamenta de lo difícil que resulta plantear en estos casos la mediación al pesar sobre ellos la petición de expulsión del territorio nacional y no resultar tampoco posible sustituir la pena por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

3.º Consecuencias de la mediación en las causas por delito y en las faltas

En relación con las causas por delito, como en la propia pregunta se incluían posibles respuestas, «conformidad, perdón del ofendido, atenuante de reparación del daño causado, aplicación de trabajos en beneficio de la comunidad, suspensión o sustitución de la pena, aplicación del art. 83 CP estableciendo obligaciones o reglas de conducta en caso de suspensión o sustitución de la pena», las contestaciones mayoritarias de los jueces son «todas las descritas»; alguno aventuró algún comentario más amplio, como la necesidad de examinar caso por caso, o aplicar la atenuante de reparación del daño muy cualificada cuando «el límite punitivo no permita la conformidad», o combinar la reprobación al infractor con la compasión; o ampliar los supuestos que dan lugar al perdón del ofendido...

Las respuestas de los fiscales no son muy diferentes: «todas»; «cualquiera». Hay quien añade a la lista los beneficios penitenciarios o también el sobreseimiento previo. Y por algunos se hace una salvedad: no caben la suspensión o sustitución de las penas «salvo que pretenda mediar con el Juez». Y hay quien se conforma con que cualesquiera que sean las que finalmente se determinen, se proceda a su regulación legal «para que no quede a capricho del Juez».

En algún caso se ha descendido al detalle de recomendar para los infractores extranjeros que participen positivamente en un proceso de mediación penal la apreciación de la atenuante de reparación muy cualificada (esta vez —se entiende— por el mero hecho de ser extranjero) y así tratar de situar la pena de prisión en tres meses para poder sustituirla; de este modo, el extranjero no sería expulsado al menos como consecuencia de la aplicación de las normas penales (aunque se admite que pudiera serlo, no obstante, en aplicación del derecho administrativo).

La pregunta relativa a las faltas también contenía en su enunciado algunas respuestas pero esta vez los fiscales no atendieron a su formulación y se decantaron casi todos por el archivo de la causa en aplicación del principio de oportunidad; alguno ha observado que mientras no esté previsto legalmente lo más eficaz es no acudir al acto del juicio aunque se sea citado para ello, dando así lugar a la absolución; un fiscal del País Vasco advierte de que esta opción ha dado lugar a numerosísimas protestas y quejas de los usuarios de justicia.

Muchos de los jueces que responden a esta cuestión (no lo hacen todos) también se refieren al principio de oportunidad, decretándose el archivo de las actuaciones y a la ejecución directa del acuerdo: «un final sin reproche», se resume.

4.º La atenuante de reparación del daño

Las respuestas de los jueces al bloque de preguntas referidas a esta materia ilustran poco. Un tercio no contesta y quien lo hace utiliza fórmulas genéricas, poco concretas. Así, la apreciación de la atenuante simple, analógica o muy cualificada se hace depender de cada caso concreto, sin mayor detalle o todo lo más, de la entidad del compromiso alcanzado. La aplicación de la atenuante al infractor que intervino una mediación finalizada sin acuerdo por causa de la víctima y que puso de manifiesto su voluntad reparadora merece dos lacónicas respuestas positivas, dos negativas, un «debería», un «creo que sí» y un «no sería entonces mediación». Ante la intervención de personas jurídicas en calidad de víctimas se afirma por un tercio de los encuestados que no se deben apreciar diferencias al haber siempre personas físicas detrás; uno se decanta en este supuesto por la reparación simbólica y otro se dice contrario a hacer mediación en tales casos. La incidencia de la existencia de un seguro da lugar a tres tipos de respuestas: quien dice que nada cambia por ello; quien no sabe qué opinar (la mayoría) y quien sí sabe y proporciona soluciones concretas, como «ofrecer acciones al último pagador».

Los fiscales son mucho más explícitos y ofrecen un abanico de respuestas muy amplio que puede sintetizarse en la opción mayoritaria: hacer depender el grado de la atenuante del caso concreto, con arreglo a unos pocos criterios: la entidad del delito; la capacidad económica del imputado; su voluntad y esfuerzo reparadores y la satisfacción de la víctima. Algunos fiscales prefieren decantarse directamente por la atenuante muy cualificada, de la que se haría acreedor el imputado por la especial carga de someterse a la mediación, y hay quien ofrece una casuística muy depurada: la atenuante simple, en caso de reparación económica mínima; la analógica, en caso de reparación simbólica, y la cualificada, si a la reparación económica se añade el perdón de la víctima o cualquier otra muestra que evidencie el arrepentimiento del infractor.

La aplicación de la atenuante en la mediación frustrada por la víctima genera diversidad de opiniones: aproximadamente la mitad de los encuestados se decanta por el no (eso no sería mediación) y la otra mitad por el sí (la sola voluntad de la víctima no debe impedir el reconocimiento y valoración de la voluntad reparadora del infractor).

Finalmente, la reparación a las personas jurídicas no tiene por qué ser diferente a la de las personas físicas, según algunos fiscales; en opinión de otros, puede consistir en una reparación moral o en formas no económicas de reparar (aquí, alguien sugiere que se consulte a la víctima) y hay quien sostiene que ha de ser siempre económica. De haber un seguro, se considera por algunos que resulta indiferente; también se estima conveniente indemnizar a la compañía aseguradora o realizar trabajos voluntarios u otros comportamientos activos que hagan al infractor acreedor de la atenuante, pues de no ser así, no cabría aplicarla.

5.º Otros argumentos generales

Tanto jueces como fiscales reivindican como prioritario y urgente la elaboración de una Ley de Mediación. La indefinición actual «llena de trampas» a la mediación penal, genera intranquilidad en quienes la hacen y desconfianza en quienes están llamados a protagonizarla. Los inconvenientes de tipo procesal saltan a la vista, especialmente los derivados de las eventuales consecuencias de la paralización de la tramitación del procedimiento penal.

La mayor información y difusión, y el apoyo formativo adecuado a los operadores jurídicos también están entre las observaciones más repetidas en las encuestas.

Dicho esto, tanto jueces como fiscales no regatean al describir las cualidades y efectos positivos de la mediación penal. Desde la posición

de la víctima, se concibe como su gran puesta en valor, un remedio frente a la revictimización secundaria. Al infractor se le da una segunda oportunidad, se le ayuda a incentivar su responsabilización. Se destaca la reducción de los efectos nocivos del proceso penal para ambas partes, a quienes se ofrece por medio de la mediación lo que por medio del proceso no sería posible, una especie de terapia: encontrarse, dialogar, pedir y otorgar perdón, superar los miedos...

El efecto beneficioso de la mediación se extiende al resto de la ciudadanía al coadyuvar activamente a la paz social y a la cohesión de la comunidad, y desde luego para todos los encuestados resulta patente que mejora la imagen del sistema penal, de la administración de justicia en general.

En suma, de todo lo que antecede es sencillo deducir que para nuestros encuestados vale la pena hacer mediación en el derecho penal de adultos. Trabajar en ello, intentándolo con convicción, como ellos hacen, significa colaborar a la mejora de nuestro sistema de justicia penal, y representa también —como se puede leer en una de las respuestas remitidas— «un paso modificador de la realidad de enorme calado».

8. Conclusiones

Sin ánimo ni pretensiones de exhaustividad, de los numerosos datos, opiniones, informaciones y cifras que anteceden, cabe finalizar enumerando una serie de reflexiones derivadas de cuanto llevamos visto, a modo de conclusiones:

1. La mediación aplicada al derecho penal de adultos no constituye una alternativa al proceso penal sino una metodología que, sustentada en los basamentos ideológicos de la justicia restaurativa, se engarza en el procedimiento actuando desde y para el sistema reglado de justicia penal, y contribuye eficazmente a la consecución de sus fines.
2. La mediación penal no sólo no repercute negativamente en los derechos y garantías sustantivas y procesales de las partes sino que los refuerza; su impacto jurídico les resulta beneficioso a ambas.
3. La mediación penal descansa y se sostiene en el mediador. De su profesionalidad, su probidad y su responsabilidad dependen el presente y el futuro de la institución. La trascendencia y complejidad de su tarea imponen el trabajo organizado y en equipo.

4. La ausencia de normativa que discipline el estatuto del mediador provoca en numerosos casos la desconfianza de los operadores jurídicos y de los usuarios de la justicia. Es, el de los mediadores, un trabajo de gran complejidad y responsabilidad incluso si se desarrolla en equipo y bajo el amparo institucional, lo que no siempre sucede; la vulnerabilidad y la desprotección se unen entonces a la enorme carga emocional que acompaña en todo caso el desempeño de sus tareas. Aunque con el propio desarrollo de los programas y de los proyectos se ha ido afianzando su estatus, la regulación orgánica de sus funciones redundaría no sólo en la deseable mejora en sus condiciones de trabajo y en el nivel de sus actividades, sino en un incremento del crédito y prestigio de la institución misma entre quienes la implementan y entre quienes se benefician de ella.
5. La amplia pero desnivelada implantación de la mediación penal en España evidencia el desigual grado de interés institucional por divulgarla y fomentarla y sitúa la ausencia de normativa positiva en parámetros gravemente inconvenientes e incomprensibles en un estado que se proclama de derecho y se pretende situado a la vanguardia de los demás estados miembros de la Unión Europea y de la comunidad internacional. Urge, pues, realizar cambios legislativos que regulen la mediación penal en adultos y otras prácticas restaurativas. Las reformas legislativas deberán ir acompañadas de la correspondiente memoria presupuestaria que prevea y dote de los recursos económicos que resulten precisos para su desarrollo.
6. Sin perjuicio de impulsar su regulación positiva, es imprescindible divulgar la mediación penal entre los operadores jurídicos, comenzando por los jueces y magistrados⁴⁵ e incluyendo, naturalmente, a fiscales, secretarios judiciales y abogados, dotando a todos ellos de formación adecuada. Las experiencias en mediación penal ponen de manifiesto que buena parte de las suspicacias y recelos que rodean la mediación penal son imputables a

⁴⁵ La V encuesta a la carrera judicial publicada en junio de 2010 por la Sección de Estudios Sociológicos del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, a la pregunta «¿es Ud. partidario/a de potenciar la mediación intrajudicial —que algunos de los asuntos que entran en los Juzgados puedan ser derivados, si las partes lo quieren, a un servicio de mediación— para la resolución de conflictos en alguno de los siguientes órdenes jurisdiccionales, siempre bajo tutela judicial?» contestaban «No», respecto de la mediación penal, un 28%. Es —si cabe— aún más destacable que quienes admitían no tener una posición clara y los que preferían no contestar suponían el 35%.

la falta de información y al desconocimiento de sus beneficios y potencialidades.

7. La mediación penal despliega sus efectos más directos y genuinos en el aspecto cualitativo del servicio público de justicia mejorando el sistema. Vincular la mediación penal reparadora al objetivo de reducir la litigiosidad —convertido en uno de los motores que impulsan las reformas legislativas, procesales y orgánicas programadas o en programación— no parece aconsejable⁴⁶. La experiencia permite constatar que, sin desdeñar como posible tal virtualidad, la práctica de la mediación intra-procesal no interfiere notablemente en la tramitación de las causas penales y por lo tanto no cabe afirmar que por sí sola las agilice ni las ralentice; en cambio, hacer de ello una de sus metas estratégicas puede comprometer el adecuado desarrollo de la institución y someterla a riesgos y peligros —como la burocratización o la estandarización— totalmente innecesarios y muy graves.
8. La actual práctica de la mediación penal en sus diversos niveles de institucionalización y diferentes grados de organización y de protocolización, conjugada con la ausencia de un marco legal que la discipline, provoca algunas distorsiones que merecen ser atendidas y corregidas, entre las que destacan las siguientes:

1.º La diversidad en el tratamiento de los asuntos:

- en su derivación: depende de los criterios personales de cada Juez;
- en el momento y la forma de remisión del acuerdo al Juzgado: cuando se acepta o cuando se firma; directamente en el propio Juzgado o a través del Registro;
- en el orden de actuación con las partes: a veces se invierte lo establecido en el protocolo y se contacta antes con la víctima o se realizan los contactos indistintamente con cualquiera de los intervinientes;
- en el tratamiento de los delitos: a veces el acuerdo, ya en fase de enjuiciamiento, da lugar a su terminación por auto y otros —las más— por sentencia, ordinaria o de conformidad;

⁴⁶ Véase el punto 6 de la Hoja de Ruta de la Modernización de la Justicia del CGPJ: el índice de litigiosidad en crecimiento exponencial desde 1999, pasando en tal año de una cifra de poco más de seis millones a casi nueve en 2008, y la presentación de la mediación como una fórmula eficaz para afrontar el problema.

- en el tratamiento de las faltas: en algunos órganos jurisdiccionales y fiscalías se ha impuesto el criterio de que, en lugar de su archivo, se cita a las partes a juicio con la advertencia verbal de que no deberán acudir; un doble mensaje que las confunde y fomenta su desconfianza entre ellas y ante el sistema;
- en la inclusión o no de las costas procesales en el acuerdo de mediación;
- en el reflejo de la mediación en la resolución final: a veces se menciona y otras no, a criterio personal del Juez; como ocurre con su notificación o no al mediador que ha intervenido.

2.º La necesidad de coordinación entre juzgados, operadores jurídicos y servicios de apoyo:

- no siempre los jueces y/o fiscales que intervienen durante el proceso de mediación son quienes actúan cuando finaliza; si no existe coordinación entre ellos —y esto es muy común— las consecuencias negativas son previsibles⁴⁷;
- la coordinación —que implica comunicación fluida y bases comunes de entendimiento— entre los equipos de mediación y el órgano judicial que tramita el procedimiento penal así como con la fiscalía resulta tan imprescindible como, en tantos casos, inexistente.
- la modificación de medidas en los procesos de familia o en casos de mediación familiar debe conocerse en el procedimiento penal y en el proceso de mediación penal;
- deben existir protocolos de ejecución susceptibles de facilitar y verificar su cumplimiento, especialmente en supuestos de ejecución de acuerdos dilatados en el tiempo⁴⁸.

En suma, los efectos positivos generales de la mediación penal apuntan a la mejora del servicio público de justicia penal, al incremento de la cohesión social, a la reintegración social del infractor y la mejor protección de los intereses de la víctima, al positivo efecto en el manejo pacífico de los conflictos, que mira al futuro y previene conflictos por venir. También se estima más eficaz que la justicia penal convencio-

⁴⁷ Destaca especialmente lo que ocurre en los servicios de mediación penal institucionalizados que establecen la regla de no interposición de denuncias durante los dos meses que puede durar el proceso de mediación, susceptible de afectar —si no se establecen medidas— a los plazos de prescripción.

⁴⁸ Se han dado casos de impagos de pensiones con acuerdos de reparación a nueve años.

nal como mecanismo de control social. Sin embargo se deben también mencionar sus riesgos: por un lado los peligros de una posible banalización del modelo y la eventual ampliación negativa de la red penal, en especial si su aplicación se restringe a las infracciones menores, y por otro que sirva para contribuir —si no se inserta en políticas criminales que se apoyen en la igualdad y la justicia social— a la aplicación de meras fórmulas conciliatorias que a la postre vengan a mantener y perpetuar las injusticias del sistema.

Criterios político-criminales para una futura regulación de la justicia restaurativa en España

Esther Pascual Rodríguez

Abogada y mediadora,
becaria del Proyecto de Investigación DER 2008/01764
sobre Justicia Restaurativa y mediación penal

Para dotar de contenido al título de esta intervención y hacerlo en el breve lapso temporal de una mesa redonda he decidido imaginar que tengo al legislador frente a mí y que he de convencerle con criterios de política criminal sobre la verdadera y probada utilidad de la justicia restaurativa y la necesidad de introducir uno de los mecanismos de los que esta se nutre, en concreto la mediación penal, dentro de nuestro proceso penal actual.

Al legislador, al que imagino mira a la justicia restaurativa y a la mediación penal con reparo, contra argumentando sus temores imaginarios —respecto a la privatización del Derecho penal, a las resonancias moralizantes de este tipo de justicia y a la desviación de los fines del derecho penal—, le diría:

1. La mediación penal en ningún caso puede asimilarse a la privatización del Derecho Penal. La evolución del Derecho Penal en los países de nuestra cultura jurídica, e incluso en la mayoría de las sociedades, ha llevado a que el Estado se atribuya el monopolio del «ius puniendi», reconociendo en su ejercicio garantías, tanto para la persona infractora, como para la persona víctima, y en ese devenir histórico se produce, consiguientemente un reforzamiento del control social formal, lo cual es indiscutiblemente positivo cuando a su vez el Estado es controlado democráticamente. Pero eso no debe suponer un obstáculo para buscar nuevas herramientas en el ámbito del Derecho Penal que lo mejoren, porque también se ha constatado a través de su evolución histórica que el Derecho Penal ha orillado a la víctima, alejándola o excluyéndola casi totalmente del sistema penal. Por ello, si evolucionar significa avanzar, todas las nuevas herramientas que se incorporen al sistema penal actual no deben nunca supo-

ner un paso atrás, mermando derechos que tanto ha costado consolidar. La mediación penal en ningún caso trata de arrebatar el ejercicio del «ius puniendi» al Estado para devolvérselo íntegramente a las víctimas. Simplemente, propicia que las partes tengan su espacio propio —como personas— dentro del sistema penal. Y esto no significa privatizar el Derecho Penal. El proceso de mediación penal no se desarrolla al margen del proceso, sino que nace de él y vuelve a él para dar forma y respuesta jurídica a esos acuerdos a los que llegan las partes tras dialogar sobre sus necesidades y posibilidades de reparación. Por tanto, la mediación penal no persigue entre sus fines la abolición del Derecho Penal.

El Derecho Penal y la mediación intraprocesal o intrajudicial no se excluyen mutuamente, sino que se complementan, ofreciendo así a los justiciables un modelo de justicia más cercano, más dialogado y más humano, valores no sólo compatibles sino incorporados a la Constitución en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. No sólo factores jurídicos y sociales están en la base de los intentos por introducir en el ordenamiento jurídico español los mecanismos de justicia restaurativa, sino que además también existen factores políticos. Nuestra propia Constitución Española alude en varios de sus preceptos a algunos de los fines que busca la justicia restaurativa, como por ejemplo, la participación ciudadana y la pacificación social.

La mediación penal, como mecanismo estimulador del diálogo, tiene precisamente cabida en estados democráticos, en contraposición con los estados totalitarios, por ello, nuestro modelo de estado, colmuga directamente con los fines que promueve la mediación. La mediación que aquí se propone nace en el propio proceso penal y se inserta en él, cualquiera que sea el procedimiento y cualquiera que sea la fase procesal en que se encuentre. Por tanto, el ius puniendi lo ejercita el propio Estado a través de la Administración de justicia, pero permitiendo que en ese ejercicio participen los protagonistas del conflicto, cumpliendo por medio de la justicia restaurativa con dos de sus fines: atender a la víctima y a la colectividad.

La mediación no solo ofrece mejores soluciones para determinados casos sino que, además, es una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, plasmado en el art. 125 CE. Es un vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal que produce un enriquecimiento tanto en las relaciones de esta con los justiciables como en la de los justiciables entre sí, configurándose también como un instrumento de cohesión social.

2. Afirman algunos penalistas que no le corresponde al Derecho Penal restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por este. Y podemos admitir que, siendo cierto, tampoco existe un impedimento legal para hacerlo.

Cuando se habla de reconocimiento de hechos, asunción de responsabilidad, conciliación, perdón y restablecimiento de la paz, parece que entran en la esfera del Derecho Penal las denominadas «resonancias moralizantes», que deberían quedar en todo caso al margen.

En la mediación ha de existir un reconocimiento —al menos parcial— de los hechos, pero, a diferencia por ejemplo de la prueba de confesión, en el proceso de mediación no parece bastar con que el infractor reconozca que ha robado o ha lesionado, sino que se supone, o se espera, que lo sienta o al menos que asuma lo negativo de su comportamiento. En este sentido pareciera que la finalidad de la mediación fuera la interiorización por parte del autor de los valores que la norma vulnerada representa. Frente a esta comprensión de la mediación, la crítica sería que un Derecho penal respetuoso con la libertad del individuo no puede perseguir la interiorización de valores, sino tan sólo el respeto a las normas que lo representan. Sin embargo, con el proceso de mediación, se logra la finalidad de la pena propuesta, entre otros, por JAKOBS, que es la restauración de la norma vulnerada, devolviendo la confianza en el orden jurídico. Considero que la crítica relativa al contenido moralizante de la mediación debiera tenerse por superada. En países con una dilatada y mayor experiencia en el campo de la mediación penal y la justicia restaurativa, estas objeciones no han constituido obstáculo alguno para el desarrollo de los programas llevados a cabo y, por su exitosa experiencia, podemos concluir que su implantación no ha generado problemas de contenido moral que choquen frontalmente con los fines del Derecho Penal. En la justicia restaurativa y en la mediación penal priman dos elementos por encima de todo: la víctima y la comunidad social; a través de la responsabilidad por la conducta, por medio de la reparación del daño, se restaura a la víctima y a la comunidad social. Estos fines que persigue la justicia restaurativa y que el Derecho Penal debería contemplar como propios, son reordenados y situados en los primeros escalones de la escala de prioridades que defiende la justicia restaurativa. El hecho de reconocer el hecho delictivo, pedir perdón o disculpas a la persona víctima, y repararla, no supone que la persona infractora deba asumir unos valores morales.

Por lo demás, también el Derecho Penal, sin llegar a aplicar la justicia restaurativa y la mediación penal, pondera de manera especial aquellas conductas en las que se reconoce el hecho delictivo, se repara y se asume la responsabilidad del delito llegado el momento de senten-

ciar e imponer la pena correspondiente. Más adelante, en fase de ejecución, se valoran esas tres variables a la hora de decidir la suspensión de la pena o su sustitución. Igualmente, cuando la persona está cumpliendo una pena privativa de libertad, existe en la denominada «Tabla de variables de riesgo» un epígrafe que recoge «asunción del hecho delictivo», valorándose esta circunstancia a la hora de conceder o no permisos, progresiones de grado y libertades condicionales. Esto significa que el actual sistema penal y penitenciario, sin intervención de la mediación penal, también valora esas conductas que implican algún grado de reconocimiento de responsabilidad y reparación del daño causado. Es más, se exigen.

En cualquier caso, hemos de partir de la base de que el Derecho Penal no castiga desde valores morales, por eso la negativa a reconocer o asumir responsabilidades no genera perjuicio penal alguno. Sin embargo, si una persona se reconoce culpable de la infracción y repara, ¿qué hay de malo en reconocer consecuencias positivas a esa conducta? ¿No exige el Derecho la reparación a la víctima? ¿No se atiende desde el sistema penal, al amparo de la normativa penal (arts. 125 y siguientes del Código Penal), con carácter preferente, a la reparación? ¿Qué tiene de perjudicial que una persona repare sin implicar activamente al aparato judicial? ¿No implicará, por el contrario, un menor coste para el Estado y una más ágil y eficaz satisfacción para la víctima? ¿Por qué tenemos tanto miedo a hablar del perdón y del arrepentimiento? Esos comportamientos no son patrimonio exclusivo de ninguna fe religiosa, ni el Derecho Penal tiene como fin la búsqueda y consecución de esos valores, pero si las personas los incorporan a sus procesos vitales ¿por qué no pueden hacerlo también en su tránsito por el sistema penal? Son valores que diariamente valoramos y hasta exigimos en quienes nos rodean, que, si no se llevan a cabo en el ámbito penal, no provocan ningún tipo de reproche, pero que, si se ejercen, no deben ser obviados o criticados.

Desde el lado de la víctima, se puede afirmar que, aunque en la mediación penal el perdón no es en ningún caso imprescindible, sí es, en la mayor parte de los casos, necesario. Pedirlo no significa humillarse, sino, por el contrario, equivale a dignificarse, porque quien pide perdón, ejerce el deber de responder. Aunque situado en la esfera de la ética, el perdón se debe distinguir claramente de la moral. Y la justicia restaurativa apoya los valores éticos positivados como son el pluralismo, la democracia y la gestión de la diversidad.

En resumen, es preciso recordar que el sistema penal ya contiene en sí mismo numerosos reproches que no se agotan con la condena. El reproche en la esfera penal se inicia por parte del legislador cuando de-

cide qué tipos penales han de crearse, modificarse o suprimirse; lo continúa el juez a través del castigo y lo remata la institución penitenciaria. La mediación no elimina ese reproche penal, sino que va a afectar a la imposición de la pena, en el sentido de que se tiene en cuenta la situación de la persona infractora, para que realmente le sirva de aprendizaje y así se facilite su reinserción.

3. No es correcto afirmar que la mediación penal equivale a la impunidad del delincuente y atenta contra uno de los fines de la pena, la prevención general. La mediación penal se centra en atender los intereses de la víctima y en la rehabilitación de la persona infractora. Como resultado de la mediación, en la mayor parte de los casos, siempre habrá un reproche en forma de pena, pero esta siempre será, en alguna medida, útil para la víctima y supondrá también alguna ventaja para la persona que va a ser condenada, lo que desde luego no equivale a premiar o incentivar su conducta delictiva. Se puede pensar entonces que la mediación puede suponer una invitación para delinquir, pues la persona que ha cometido la infracción penal reconoce los hechos, pide perdón, repara en la medida que puede a la víctima, en algunos casos se le impone una «pena adaptada a sus necesidades» y ahí acaba todo.

Pues a este respecto cabe decir que sucede exactamente lo contrario. Hay que destacar especialmente que para el infractor someterse al proceso de mediación conlleva un esfuerzo personal indudable: debe acudir a las entrevistas individuales con el mediador; enfrentarse cara a cara con la persona víctima; buscar acuerdos en función de su capacidad para reparar y las necesidades o pretensiones de aquella; llevar a cabo el acuerdo para, en muchos casos, ser condenado a una pena, si quiera sea inferior a la inicialmente pedida por la acusación. Todo este proceso, que exige mucho más de la persona infractora que lo que se le requiere a lo largo de la tramitación del procedimiento ordinario; no invita, pues, a banalizar su conducta o frivolar con el resultado final. El encuentro entre las partes que provoca la mediación hace posible que la persona infractora del hecho realice un verdadero ejercicio de responsabilidad asumiendo lo negativo de sus actos y las consecuencias desfavorables de aquellos. Por ello puede afirmarse que la mediación constituye gran instrumento de prevención especial positiva, pues posibilita la toma de conciencia por parte del infractor del daño inferido y el alcance de sus acciones, lo que puede evitar que vuelva a repetirlos en el futuro.

En suma, la mediación garantiza por un lado que la persona víctima será escuchada, atendida en toda la extensión que precise y reparada y,

por otro, que el infractor conozca el verdadero alcance y las consecuencias de sus actos, repare el daño y dolor causados y, lo que es más importante, que cuestione su propia conducta de cara al futuro, cumpliendo así, claramente, con los fines de la pena, cuáles son: la prevención especial y la general.

Conocidos sobradamente por el lector ambos conceptos, en tanto que constituyen fines de la pena, me centraré en demostrar cómo la mediación penal cumple con el fin primordial de la pena, que en la actualidad no es otro que la prevención general, puesto que al Estado le interesa impedir que se produzcan nuevos condenados, debiendo influir su mensaje en la totalidad de la ciudadanía.

Lo que me interesa es demostrar como la mediación sí cumple, en mayor medida mejor que el propio sistema penal actual, con los fines de la pena; con dos vertientes preventivas: la prevención general positiva y con la especial, sin menoscabar la prevención general negativa. Con la primera porque fortalece la vigencia de la norma y con la segunda porque se asume individualmente la vigencia de esa norma. La mediación penal informa a la persona infractora y a la persona víctima de lo que está prohibido por el ordenamiento, al ofrecer a las dos partes la posibilidad de participar en un proceso, en el que va a haber una consecuencia jurídica para ambas partes, se produce un refuerzo y el mantenimiento en la confianza del sistema penal de permanencia e imposición y, por último, al hacer ver a las partes todos los efectos que se despliegan con la apertura de un procedimiento penal. Como la pena se solicita y se cumple, se fortalece la actitud de respeto por el Derecho. La persona víctima comprobará en primera persona cómo se ha desarrollado la instrucción o se está desarrollando, cómo el sistema se preocupa por ella y por su daño y su reparación, conocerá el escrito de acusación (en un proceso normal, en la mayor parte de los casos, salvo que se constituya en acusación particular que la tenga informada, las personas víctimas no conocen bien la función del Ministerio Fiscal, no saben qué es un escrito de acusación y desconocen la petición de pena que este solicita para la persona infractora) y lo que ello conlleva, así, de este modo verá que el propio sistema la respeta y por ende ella querrá respetar también a ese sistema que la protege. Por parte de la persona infractora también se cumplen estas tres funciones. Durante el proceso de mediación penal comprobará cómo el sistema penal ha trabajado para incriminarle, la petición fiscal a la que se enfrenta y las posibles repercusiones que va a tener en su vida la acción u omisión delictiva. Acercarse al sistema penal desde esta perspectiva le hará ver lo positivo del cumplimiento de esas funciones.

En cuanto a la prevención especial, se ve con mayor claridad, cómo la mediación penal cumple con esos fines. La persona infractora, a través del proceso, llevará a cabo una serie de acciones que hasta entonces y con carácter general eran desconocidas para él o ella. Trabaja la empatía (ponerse en el lugar del otro), la responsabilización de la conducta y el diálogo y, a través de esos trabajos, podrá comprender el daño que ha ocasionado con su conducta, lo que producirá un efecto de auto reproche, que se traducirá en el deseo de no incurrir nuevamente en la conducta delictiva, por ello, la función de prevención del delito, se cumple de un modo más claro y visible para el autor. Podemos decir que supone un aprendizaje más «fácil» que con el proceso convencional. Sin responsabilización no puede existir reparación a la víctima y, por tanto, no puede existir recuperación personal ni social en orden al aprendizaje de actitudes que permitan vivir en libertad sin repetir la infracción penal —prevención especial—, ni prevención general.

Un último y sencillo contra-argumento dirigido a quienes sostienen que la mediación supone un atentado contra los fines de la pena y en concreto a la prevención: por lo mismo cabría sostener que también las alternativas a la pena de prisión, la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, podrían constituir llamamientos a la delincuencia; me refiero a la suspensión y a la sustitución de la pena, pero se hallan reguladas en el Código Penal y se aplican en multitud de supuestos. Si es así, cabe presumir que ocurre porque dan resultados positivos, no constituyen «cartas blancas para delinquir». De igual modo la mediación penal tampoco ha de concebirse contraria a la prevención general o, lo que es lo mismo, a los fines del Derecho Penal.

Propuesta de modificaciones legales para acoger la mediación penal en la legalidad sustantiva y procesal¹

Félix Pantoja García
Fiscal del Tribunal Supremo

I. Modificaciones de derecho sustantivo en el código penal

Primera.—*Necesidad de incorporar una atenuante específica al artículo 21 —21.7 CP—* en los siguientes términos: «Será causa de atenuación de la responsabilidad penal la conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación. La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse con anterioridad al acto del juicio oral. La reparación puede entenderse suficiente si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el/la Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas.»

El fundamento de esta nueva atenuante reside en que la participación del infractor en un proceso de mediación tiene mayor repercusión en la satisfacción de la víctima —permite a ésta preguntar los porqués, posibilita expresar su dolor y sentimientos, permite escuchar la petición de disculpas, así como elaborar su proceso de duelo por la situación traumática sufrida por el delito y que quede garantizado el derecho a saber la verdad desde el infractor— que la simple reparación del art. 21.5 —reparación total o parcial antes del juicio oral—. Obviamente, el reproche estatal por la infracción cometida tiene que quedar más atenuado por la participación en un proceso de mediación. La nueva atenuante podría ser aplicada como simple o muy cualificada en función de las circunstancias concurrentes en el proceso de mediación

¹ Estas propuestas se incluyen en la obra de RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, edit. Colex, 2.ª edición, 2008, páginas 138-146. Fueron elaboradas por los autores del libro y por Félix Pantoja cuando era Vocal del CGPJ.

y el grado de compromiso y cumplimiento de los acuerdos a los que llegasen las personas víctima e infractora. En cualquier caso, la eventual aplicación de esta nueva atenuante llevaría aparejada la del 21.5 CP, actualmente en vigor, de reparación del daño. La concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada y ninguna agravante permite la degradación del marco penal en uno o dos grados atendiendo el número y entidad de dichas circunstancias (66.1.1.º y 2.º CP).

El Código Penal de Portugal recoge en el catálogo de atenuantes la idea anteriormente expuesta. Las atenuantes del art. 71.2. c) y 72.2. a); la primera prevé como atenuante ordinaria la conducta tendente a reparar las consecuencias del delito; la segunda, que se prevé como muy cualificada, la demostración de arrepentimiento sincero, singularmente a través de la reparación hasta donde fuese posible de los daños causados.

Segunda.—En cuanto a la penalidad en las faltas, la reforma del código penal para incorporar la mediación necesitaría de una modificación del art. 638 CP en el sentido de incorporar el párrafo siguiente: En caso de concurrencia de conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación se acordará el sobreseimiento libre y posterior archivo de las actuaciones.

Tercera.—Modificación del art. 80 CP, incorporando un nuevo apartado —80.5 CP— en los siguientes términos: «los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de las penas de prisión de hasta tres años, aunque no concurra el requisito del art. 81.1 CP, en el caso de conciliación entre la víctima y el infractor a través de un proceso de mediación en cualquiera de las fases del proceso, siempre que no se haya procedido al archivo de las actuaciones.»

El objetivo de esta nueva norma es incentivar la participación en el proceso de mediación, incluso con posterioridad a la sentencia.

II. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal

Primera.—Incorporar al art. 2 LECr un párrafo segundo en el que se incluya la definición de mediación en los siguientes términos: «la mediación para la conciliación en el proceso penal es una actividad en la que una parte neutral, independiente e imparcial ayuda a dos o más personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen de las diferencias que les separa, a conocer las causas reales de la infracción y las consecuencias del mismo, a confrontar sus puntos de vista y a encontrar soluciones sobre la forma

de reparación, tanto de una manera simbólica como material». La mediación podrá llevarse a cabo tanto en la fase de instrucción, enjuiciamiento o ejecución en su caso.

El proceso de mediación debe contar con los siguientes principios informadores:

- Voluntariedad de las partes. El proceso de mediación establece la participación libre, voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora, las cuales deberán prestar consentimiento informado en conocimiento de sus derechos, naturaleza del proceso y las consecuencias posibles de su decisión.
- Gratuidad. El proceso será totalmente gratuito para las partes.
- Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. El Juez no tendrá conocimiento del desarrollo del proceso salvo la resolución final adoptada —acta final—, los acuerdos de las partes y lo que deseen expresar en el acto de la vista oral.
- Oficialidad. Le corresponde al Juez, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal, de las partes personadas y de la víctima, la decisión de inicio del proceso de mediación.
- Flexibilidad. El proceso de mediación será flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso respetando, en todo caso, los plazos establecidos en la LECr.
- Bilateralidad. Las personas implicadas en el proceso de mediación tendrán oportunidad para pronunciar y expresar sus pretensiones, sin limitaciones temporales. Se deja abierta la posibilidad de que intervengan otras personas distintas de la víctima o victimario, y que estén vinculadas a la situación-conflicto, valorando la simetría y objetivos.

Segunda.—Ampliar la competencia de los Jueces y Tribunales. A estos efectos habría que añadir un nuevo párrafo al art. 9 LECr en los siguientes términos: «Igualmente, serán competentes para autorizar las actividades de mediación entre las partes del proceso penal y, en su caso, incorporar al proceso los acuerdos obtenidos y el reconocimiento de la eficacia e los mismos, conforme a lo establecido en la Ley».

Tercera.—Desarrollar la actuación judicial en la fase de instrucción. A tales efectos se podría redactar el art. 325 LECr en los siguientes términos: «El Juez de Instrucción podrá autorizar la mediación para realizar un acuerdo conciliatorio entre las partes del proceso. La mediación se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:

1. Incoadas diligencias previas de los arts. 774 y ss. de la LECr por el Juzgado de Instrucción, el/la Juez, con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá resolver someter el proceso a la mediación penal conforme a lo establecido en el art. 9 de esta Ley, en cuyo caso, en la primera declaración en calidad de persona imputada, se informará a esta de forma sucinta de la posibilidad de someter el proceso a la mediación penal. Sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación de las Diligencias Previas, el/la Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, de la víctima, persona imputada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

A estos efectos, en cuanto conste la designación de Letrado/a para la persona imputada, se informará a este igualmente de la posibilidad de la mediación, para lo cual, en aquellos casos en que se estime necesario, la persona imputada podrá entrevistarse de forma reservada con su Letrado/a, a fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación. Si este aceptara se dictará providencia acordando el inicio del mismo, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación.

2. De dicha resolución se dará traslado a las partes personadas y al imputado por tres días. La notificación a la víctima incluirá un documento explicativo del proceso, objetivos y consecuencias de la mediación.

3. A tal fin y una vez oída la representación de las partes remitirá al equipo mediador para iniciar el proceso la providencia y testimonio de la denuncia, atestado, declaraciones, escritos de calificación provisional, en su caso, así como los informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación...

4. En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 LECr.) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 LECr.), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

5. Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el/la menor y su representante legal, prevalecerá la decisión de la persona menor de edad. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

6. Concluido el proceso de mediación, el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en caso positivo, el acta de conciliación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas y al Juzgado de lo penal, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado. La víctima podrá ratificar judicialmente el Acuerdo de mediación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

7. De dicho informe se dará traslado a las partes, para audiencia por 3 días, incorporando el mismo a las actuaciones.

8. Remitido el acta de acuerdo y si se hubiese finalizado la práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECr., salvo que la pena fuese inferior a un años de prisión, en cuyo caso de dictará auto de sobreseimiento libre y se procederá al archivo de las actuaciones una vez acreditado el cumplimiento de los acuerdos reparadores por parte del ofendido (en este sentido el art. 46.1 *StGB* alemán prevé la conciliación entre autor y la víctima con reparación como motivo de «diversión» y cierre del proceso).

9. En caso de formular escrito de acusación y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el/la Letrado/a de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECr., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

Cuarta.—Permitir la mediación en el juicio de faltas. A estos efectos al art. 962 LECr se le añadirá un nuevo párrafo con el siguiente contenido:

«Si por el Juzgado se hubiera incoado juicio de faltas o se hubiese dictado Auto de transformación en faltas, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Pú-

blico, someter la cuestión al proceso de mediación. Sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por sí o por medio de su Letrado/a. Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado/a mostrasen su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas. Por el Juzgado se dictará providencia comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención del Equipo de mediación a tales efectos.

El Juzgado de Instrucción, a fin de facilitar el proceso de mediación y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción de la falta, dilatará el señalamiento para acto de juicio en espera de la finalización del proceso.

Concluido el proceso de mediación el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en su caso positivo, el acta de reconciliación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas y al Juzgado de Instrucción, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado.

Sin más trámite y de conformidad con lo establecido en el art. 638 CP, se dictará auto de sobreseimiento libre y se procederá al archivo de las actuaciones».

Quinta.—Permitir la unión del acuerdo conciliatorio al sumario ante la conclusión de éste. A tales efectos se podría añadir un párrafo al artículo 622 en los siguientes términos: «*de igual modo, el Juez mandará la unión al sumario del acuerdo de conciliación alcanzado conforme a las reglas del artículo 325 LECr*».

Sexta.—Regular las consecuencias del acuerdo conciliatorio en el desarrollo del juicio oral. A tales efectos se añadiría un párrafo en el art. 689 LECr en los siguientes términos:

«El Juez de lo Penal procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes (acusado, víctima, y sus representantes procesales). No se citará al mediador ni a los testigos, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral si la mediación es parcial respecto a los hechos imputados y en relación a estos últimos o el mediador, en casos excepcionales, lo solicite a petición propia. En tales casos, dicha manifestación se hará constar en el traslado de la causa para notificación del

auto de señalamiento por el Ministerio Fiscal y las partes, el mediador interviniente lo hará constar en el Acuerdo de Mediación.

Si en la causa hubiera acuerdo de conciliación, el Juez preguntará a las partes si están de acuerdo con la misma y, en caso afirmativo, se procederá conforme establece el artículo 742 de esta Ley. En caso contrario, si alguna parte mostrara su disconformidad con la conciliación, se dispondrá lo que proceda en cuanto a la continuación del juicio o la remisión al instructor para concluir la instrucción, conforme establece el artículo 631 de esta Ley, expresando las actuaciones que deben practicarse».

Séptima.—Incorporación de la valoración del acuerdo conciliatorio a la sentencia. A tales efectos se redactará un nuevo párrafo en el artículo 742 LECr en los siguientes términos: «De igual modo se resolverá conforme al acuerdo conciliatorio aceptado por las partes al inicio del mismo».

Octava.—Incorporación de la mediación en el procedimiento abreviado. A tales efectos, se redactará un nuevo párrafo en el art. 784 LECr. El Juez podrá autorizar la mediación entre las partes en el proceso para un acuerdo conciliatorio conforme establece el artículo 325 de esta ley.

Novena.—Incorporación del acuerdo conciliatorio en las sesiones del juicio oral. A tales efectos se incorporará el art. 792.2 bis: «*Si en las diligencias hubiera acuerdo de conciliación, preguntará a las partes si están de acuerdo con el mismo, procediendo en su caso conforme establecen los artículos 689 y 742 de esta Ley*».

Asimismo en la fase de comparecencia de conformidad y juicio se incorporará lo siguiente. «Si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral. Si hay acuerdo, el/la Juez o Tribunal citará a las partes, persona acusada, víctima y persona mediadora al acto del juicio, que se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad (art. 787 LECr.) y valoración de la mediación antes expuestos.

Décima.—Incorporación el acuerdo conciliatorio a la sentencia del procedimiento abreviado. A tales efectos se incorporará al 248 LOPJ un párrafo 30: «Si hubiera acuerdo conciliatorio, se expresará el contenido del mismo, los aspectos más relevantes de su desarrollo y el alcance que tiene en la determinación del fallo» Asimismo se incorporará al artículo 794 LECr. el siguiente texto: «si hubiera acuerdo conciliatorio se recogerá conforme establece el art. 148.3 de la LOPJ».

Undécima.—Regular las consecuencias de la mediación en la falta. A tal efecto se puede incorporar el art. 962.3 en los siguientes términos: «si en el trámite hubiera acuerdo de conciliación, se procederá al sobreseimiento y archivo de lo actuado».

Duodécima.—Dar entrada a la mediación en la fase de ejecución. A tal efecto se añadiría un último párrafo al art. 984 LECr. en los siguientes términos: «Si se produjese el proceso de mediación durante las fases de ejecución de la sentencia, ésta producirá los efectos previstos en las leyes».

Decimotercera.—Habilitar al fiscal el ejercicio del principio de oportunidad. A estos efectos se redactará una norma con un contenido similar al art. 41 del Código penal francés: «el fiscal queda habilitado, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, para recurrir a la mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al conflicto generado por la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la misma».

Decimocuarta.—Regular los requisitos de los equipos de mediación y de los profesionales que los componen. Disposición Adicional. Corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de los equipos mediadores que en todo caso deberán estar compuestos por un jurista, un psicólogo y un trabajador social, con formación en mediación acreditada por título expedido por Universidad Pública o Privada, conforme a las normas autonómicas reguladores. Las Comunidades autónomas en un plazo de 6 meses a partir de la publicación en el BOE de la presente ley elaborarán las normas reguladores.

El mediador, en el seno del proceso de mediación, tendrá los derechos que a continuación se detallan en orden a garantizar el cumplimiento de los objetivos de la mediación:

- a) Paralizar la mediación en todos aquellos casos que puedan suponer un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.
- b) No comenzar el proceso cuando entienda que ninguna de las partes vaya a obtener beneficio.
- c) Actuar bajo el principio de flexibilidad de las estructuras.
- d) Tener en su poder —previa entrega por parte de la Secretaría del Juzgado— copia de los documentos del proceso que sean necesarios para el desempeño de la función mediadora.
- e) Contactar con la persona acusada y la víctima cuantas veces estime necesario, a partir de la comunicación que el Juzgado haya realizado a las partes y a sus abogados/as.

- f) Establecer la duración de las sesiones.
- g) Llevar a cabo su labor en un espacio físico habilitado, en dependencias judiciales, para dotar de oficialidad al proceso.

Con el mismo objetivo, la persona mediadora tiene las siguientes obligaciones:

- a) Guardar la confidencialidad de los asuntos, con sometimiento a la Ley de Protección de Datos.
- b) Actuar bajo los principios de: imparcialidad, neutralidad y objetividad.
- c) Comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar en la mediación voluntariamente.
- d) Llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial que se considere neutral; puede ser en sede judicial o en fiscalía.
- e) No entrevistarse con menores o personas incapacitadas sin sus representantes legales.
- f) No recibir remuneración de ninguna de las partes.
- g) Promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes.
- h) Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes, en especial de tipo jurídico, para lograr los acuerdos de manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.
- i) Finalizar el proceso de mediación dentro de los plazos previstos.
- j) Presentar al Juzgado, una vez haya finalizado la mediación, un informe de su desarrollo junto con el acta de reparación.
- k) Comparecer en caso de citación judicial para ratificación del informe.
- l) Abstenerse de obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.
- m) Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenezcan.
- n) Ofrecer información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros servicios de cooperación con la justicia.

Propuesta de regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora

Nerea Laucirica Arriola

Abogada, mediadora y coordinadora de la Asociación Adosten,
Servicio de Mediación Intrajudicial de Bizkaia

I. Introducción

Por ofrecerme esta posibilidad de expresarme, quiero agradecer su invitación a la organización y, en especial quiero dar las gracias a Xabier Etxebarria, no por la invitación en sí, sino por el incansable trabajo que lleva realizando en este apasionante mundo de la mediación, siendo pilar clave y referencia para los que hace ya algunos años comenzamos a dar forma práctica al proyecto de los servicios de mediación penal en los juzgados del País Vasco. Igualmente quiero agradecerle haber sabido juntar en la misma sala a todos los operadores jurídicos que, de alguna manera, participan activamente en el proceso de la mediación y que pueden arrojar luz a cómo seguir caminado para que la justicia social LLEGUE Y SIRVA (en el sentido amplísimo de las palabras) a todos y cada uno de los ciudadanos que habitamos esta tierra.

Cierto es que cualquier foro permite que quienes lo componen compartan y confronten una serie de ideas, protocolos, experiencias... que al final ayudan a pulir la asentada forma de trabajar que casi siempre se tiene. Pero más cierto es que el foro que nos ha ofrecido este curso ha permitido que todos los implicados en esta maravillosa aventura de la Justicia restaurativa y de la mediación penal nos juntemos para compartir conocimientos y formas de trabajar con un fin muy concreto, el de poner una semilla que sirva a la regulación que, en su caso, los poderes legislativos hagan en un futuro esperemos no muy lejano.

La primera pregunta que siempre nos hacemos cuando hablamos de regulación legal de la mediación, personas mediadoras, fundamentos, etc, es si va a servir a los fines de la mediación el hecho de que se regule o, por el contrario, la va a desvirtuar, ya que se contraponen dos aspectos muy importantes como son la seguridad jurídica y la flexibili-

dad del propio proceso de mediación. Quizá lo que vamos a analizar en esta pequeña intervención pueda arrojar alguna luz en este sentido.

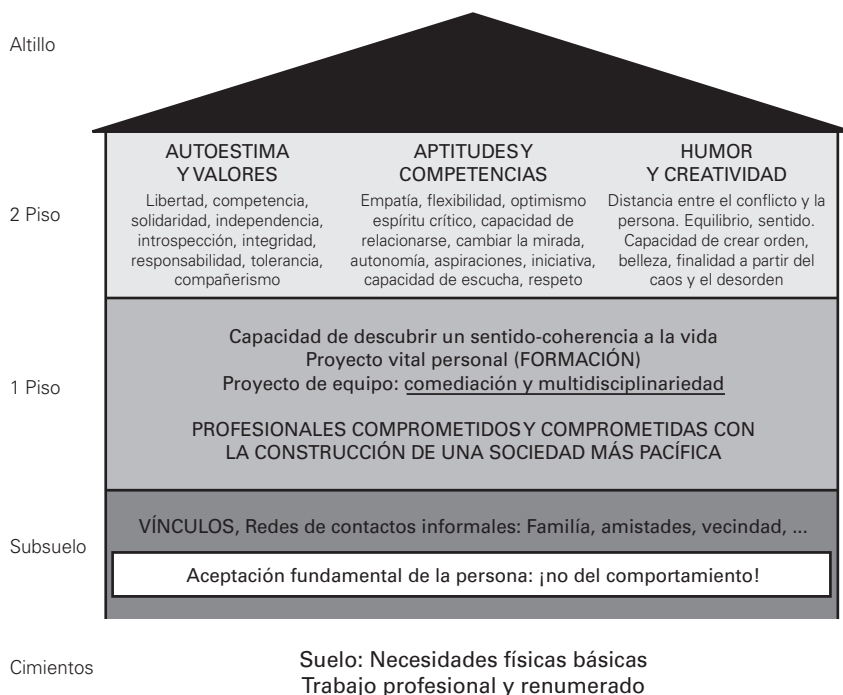
II. Cualidades de la persona mediadora

La parte que voy a intentar desgranar es la referente a la regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora. Así que, cuando me puse manos a la obra, lo primero que me vino a la cabeza era poder transmitir que la persona mediadora, además de todo aquello que se puede regular, necesita algo más, ya que, para que la mediación sea útil a quienes participan en ella, no sólo sirve tener una excelente formación y el conocimiento de técnicas y otros recursos aplicables en las entrevistas, sino que el éxito descansa sobremanera en cómo las partes perciben el propio proceso y la confianza que sean capaces de depositar en la persona mediadora, que debe ser especialmente confiable (*trusted mediator*). Además son necesarias una serie de capacidades, aptitudes, habilidades y recursos de tipo comunicacional y relacional, así como otros: la empatía, la escucha, la comunicación emocional e interpersonal... llegando incluso a ser útil que sea una persona socialmente comprometida y conocedora de múltiples disciplinas con una perspectiva vital rica y prolongada.

Por este motivo rescaté de mis adentros el concepto aprendido de «la casita» de Stefan Vanistendael, que representa gráficamente los diferentes aspectos de la *Resiliencia*, que he intentado adaptar a este supuesto. El objetivo es presentar la figura de la persona mediadora como alguien en evolución y crecimiento, una persona en construcción y continuo cambio.

En primer lugar, como CIMIENTOS de la casita, las personas mediadoras (y en general todas las personas) necesitan tener, al menos, sus necesidades básicas cubiertas, comida, atención sanitaria, vivienda... ya que de otra forma su energía no se centraría en los siguientes elementos que vamos a describir.

En el SUBSUELO de la casita, tenemos la aceptación fundamental de la persona, que no significa que aceptemos todo, ni que aceptemos cualquier tipo de comportamiento, sino que aceptemos a la persona tal y como es, sin prejuzgar y desde el respeto. Este subsuelo tiene además otro componente que implica la necesidad de que la persona mediadora tenga una vida plena y satisfactoria mas allá del ámbito de su trabajo: vínculos, redes de contacto informales como la familia, los amigos, etc.; la *resiliencia* se funda en una interacción entre la persona y su entorno.



Sobre estos cimientos y subsuelo vamos a edificar una «casita» que constará de dos pisos y un altillo.

En el PRIMER PISO se halla el sentido de la vida: saber atribuir una coherencia al proyecto vital personal, y a la capacidad de descubrir un sentido y coherencia a la vida. Esto inevitablemente va unido al proyecto de equipo que se plantee y que, entre otras características, en este mundo de la mediación, se refiere a la posibilidad de trabajar en comediación y sobre la base de diferentes disciplinas de origen, con una supervisión periódica y efectiva. Las personas mediadoras deben ser profesionales comprometidos y comprometidas con la construcción de una sociedad más pacífica y por eso deben primero encontrar esa paz tanto en sí mismos como en las relaciones del equipo con el que desarrollan su trabajo.

En el SEGUNDO PISO de «la casita» encontramos las tres habitaciones: la de la autoestima y valores, la habitación de las competencias y las aptitudes y la estancia de las estrategias de adaptación positiva, como el humor y la creatividad.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 209-216

AUTOESTIMA Y VALORES, como la valoración de uno mismo y la confianza en sus propias capacidades, que se muestra con la iniciativa para emprender acciones y relaciones con otras personas porque se siente valioso y merecedor de su atención.

Los valores que sirven a esta construcción personal son la libertad, la integridad, la competencia y la responsabilidad, así como la independencia, entendida como la capacidad de saber fijarse límites a uno mismo pero también al medio que te rodea.

La solidaridad y la tolerancia, como también la moralidad (capacidad de comprometerse con valores) y el compañerismo sirven también a la construcción personal de la persona mediadora. La introspección, como arte de interrogarse a uno mismo y capacidad de responderse honestamente, es la base del continuo crecimiento personal, muy útil en el desarrollo de un trabajo como el de mediador o mediadora.

Cuando hablamos de APTITUDES Y COMPETENCIAS, la *resiliencia* aplicada a la mediación y a la persona mediadora está muy ligada a trabajar aspectos personales como:

- La autonomía: el sentido de la identidad, la autosuficiencia, el autoconocimiento, capacidad de distanciarse de los mensajes negativos...
- Un futuro mejor: optimismo, fijar objetivos realistas, aspiraciones, autonomía, llevar una vida responsable con valores sensatos...
- Éxito social: empatía, flexibilidad, afecto, comunicación, capacidad de escucha, iniciativa...
- Habilidades para resolver problemas: creatividad, capacidad de elaborar estrategias, espíritu crítico, respeto, saber cambiar la mirada....

En la tercera habitación hallamos las estrategias de adaptación positiva, entre las cuales el sentido del humor es una de las más importantes. El sentido del humor es la capacidad de conservar la sonrisa ante cualquier adversidad. Ayuda a distanciar el conflicto de la persona y trascender al momento concreto. Es necesario entender el humor como el equilibrio o el estado de madurez entre la euforia y la depresión, siendo así que una persona con humor es una persona equilibrada que permite construir sus relaciones y sus vínculos desde la relativización de todos los problemas. Reirse nos permite encontrar el sentido a lo que zozobra, es la capacidad de crear orden y belleza a partir del caos y el desorden. «Quien logra reirse de uno mismo ganará en libertad interior y fuerza. Con humor, se dinamiza el potencial humano en situaciones límite. Valoración de la diferencia. La ternura que implica no sólo el

respeto, sino también el amor a la diferencia, se convierte, sin duda, en un factor protector por excelencia de la superación humana» y esto es necesario vivirlo para poder transmitirlo.

Por último, y ya acercandome a lo solicitado para esta exposición, tenemos el altillo o tejado que debe proteger a quien, construyéndose en todo lo anterior, desarrolla la apasionante tarea de la mediación y en especial la que se sustenta en la Justicia restaurativa, de la que forma parte la mediación penal. Esta protección debe conjugar el respeto a los fundamentos y esencia de la mediación, así como la flexibilidad que exige su desempeño, como por otro lado, la seguridad y protección que da la cobertura legal que se pretende.

III. **Decisión Marco de 15 marzo 2001 del Consejo de la Unión Europea, Estatuto de la Víctima**

Se refiere a la persona mediadora como una *PERSONA COMPETENTE*. La persona mediadora deberá ser profesional y con una formación ADECUADA, ESPECÍFICA, SUFICIENTE Y CONTINUA en mediación.

Deberá estar en posesión de una titulación de grado medio o superior: Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, etc. La pregunta que nos surge es si debe haber números clausus o no, si cualquier disciplina sirve como base para una posterior específica formación en mediación o si deben estar limitadas a las que recogen las actuales legislaciones autonómicas existentes en mediación civil y familiar.

Sí parece obvio que la persona mediadora debe tener conocimientos respecto de la teoría y práctica de la mediación y que deberá haber recibido una formación adecuada, específica y suficiente que habrá de actualizar de manera continua. Aquí nos preguntamos, teniendo en cuenta los diferentes modelos y formas de desarrollar la mediación, si se debe fijar un modelo determinado o dar libertad en la elección del mismo y cómo puede afectar esto al éxito del proceso. Lo que nunca podemos obviar en la elección del modelo a seguir es que debe cumplir con los principios básicos de la mediación.

También nos preguntamos «cuánto» es suficiente para que la mediación ofrezca las mayores garantías de un desarrollo idóneo y útil: ¿50 horas?, ¿100 horas?, ¿300 horas? ¿Teóricas? ¿Prácticas? y también «cuales» deberían ser los contenidos esenciales de esa formación y si deben o no ser diferentes para los distintos tipos de mediaciones que existen como la familiar, comunitaria, laboral, penal...

Por último, y en esto sí me voy a pronunciar, creo imprescindible que la persona mediadora reciba una formación continua que no se quede en la aprendida en ese primer curso o máster que realizamos y que, a mi entender, sólo sirve para despertar el hambre de la cultura de la mediación, que debe seguir alimentándose ininterrumpidamente mientras se trabaje como mediador o mediadora.

IV. La persona mediadora, estatuto jurídico-profesional

Existen diferentes conceptos de persona mediadora, pero hay elementos claves que habría que examinar para ir definiendo.

1. *Neutralidad e imparcialidad*

Una de las facetas más relevantes es la de la neutralidad e imparcialidad del mediador, que no sólo debe serlo sino también parecerlo, tanto en su persona como en su proceder. Debe actuar con objetividad y sin prejuicios y no tomar partido por ninguna de las partes, ni tener interés directo o indirecto en el asunto.

Las partes son quienes toman las decisiones, la persona mediadora no puede decidir por ellas, la persona mediadora no da consejos a las partes, ni impone sus criterios.

Pero debemos preguntarnos si se puede ser «fríamente imparcial», es decir, un mero convidado de piedra o si lo apropiado sería implicarse en los intereses de ambas partes para hacer aflorar los aspectos conciliables y favorecer el acuerdo, es decir, ser MULTIPARCIAL, guardar equidistancia entre una y otra parte. Esto, que parece una afirmación indiscutible en algunos tipos de mediación como la familiar, la civil, la mercantil..., empieza a plantear interrogantes cuando hablamos de la mediación penal y partimos de que una persona se responsabiliza de una acción que ha causado perjuicio a otra, por lo que va a repararla. ¿Puede ser nuestro enfoque equidistante de imputado y víctima?

También debemos tener en cuenta que los asuntos que se reciben en mediación penal no siempre definen dos figuras tan claras como la de víctima e imputado. A menudo se nos presentan asuntos en los que hay relación previa entre las partes y las figuras víctima-imputado se difuminan. En estos casos lo que tenemos es una conflictiva más o menos complicada que generalmente ha causado dolor y perjuicios a ambas partes y que al final ha tenido un resultado concreto que es el que una de las partes ha denunciado, por lo que quizá en estos asuntos es

más fácil mantener esa equidistancia entre las partes implicadas y, en los asuntos de víctima e imputado más definido, la equidistancia pueda ponerse en contraposición con la especial protección de la víctima.

2. *Confidencialidad*

Dentro de los derechos y deberes de la persona mediadora está el de guardar la confidencialidad durante y después del proceso de mediación. La confidencialidad tiene límites, al existir situaciones en que peligra la integridad de las personas, su vida o pone en riesgo a menores. En el resto de asuntos debe respetarse la confidencialidad de lo tratado en mediación, surgiendo aquí la pregunta de si esa confidencialidad afecta a la persona mediadora o también a las partes participantes en el proceso.

A mi entender la confidencialidad debe garantizar que, si no hay acuerdo entre las partes, el proceso de mediación debe ser inocuo, es decir, lo que ya existía en el proceso seguirá estando con la prueba que hasta ese momento tenían las partes y la información nueva que surja no debe afectar al proceso, por lo que los mediadores no acudirán como testigos ni como peritos en la vista oral. Se podrá garantizar que el mediador no irá a juicio para declarar sobre el contenido de la mediación y presentar para ello el consentimiento informado que las partes han suscrito comprometiéndose a no citarles, pero será más difícil que las partes no mencionen la información nueva que han recibido en el proceso de mediación y que alguien pueda, de forma contundente, decir que es realmente información nueva o información ya conocida. Otra cosa será la prueba que sobre esa información se pueda aportar en la vista oral.

La persona mediadora guía el proceso y mantiene un ambiente seguro. Canaliza la comunicación de las partes, siendo las propias partes quienes determinan los puntos en cuestión que necesitan ser discutidos.

3. *Equidad, bilateralidad, debate contradictorio. Respeto, buena fe, colaboración*

La persona mediadora deberá ser flexible, como lo es el propio proceso, adaptándose a la situación concreta tratada y manteniendo las reglas básicas mínimas. En ningún caso la mediación puede utilizarse para contradecir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación. RESPETO AL DERECHO.

La persona mediadora aportará la información precisa sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, alcance del mismo, y sus consecuencias, así como el valor de los acuerdos que pudieran alcanzarse. Actuará con independencia y autonomía profesional y no aceptará presión alguna por parte de los mediados o cualquier persona o entidad implicada en la mediación. No debe incurrir en incompatibilidades, deberá planificar del proceso, llevará el control y actas de las sesiones, redactará el acta final y los acuerdos y, si fuese necesario, interrumpirá la mediación.

La persona mediadora debe ser muy cuidadosa a la hora de constatar que cada una de las partes está en el proceso de mediación voluntariamente y, de no ser así, paralizar la mediación de forma inmediata. El éxito de la mediación en gran medida surge de que las partes son quienes proponen, valoran y aceptan los acuerdos, por lo que si la mediación no es voluntaria, probablemente los acuerdos caigan en saco roto, sin que efectivamente se cumplan. Así, una vez realizada la entrevista informativa, la persona mediadora deberá permitir que las partes se tomen su tiempo para decidir si participan o no en el proceso y, de hacerlo, que sepan que en cualquier momento podrán abandonarlo si así lo desean.

Realidad empírica del consumo, tráfico y tratamiento de drogas

Guillermo Portero Lazcano

Jefe de los servicios clínicos de la Subdirección de Bizkaia
del Instituto Vasco de Medicina Legal

I. Introducción. Un poco de historia en el consumo de drogas

La historia del consumo de drogas va intrínsecamente unida a la evolución del ser humano. Desde la más remota antigüedad se tienen datos del uso de drogas, además, a la luz de lo que los expertos nos indican, han existido en todas las culturas y en todas las épocas. Sólo, según Weil y Rosen (1999)¹, los esquimales constituyen una excepción y ello sería debido a la imposibilidad de la recogida o cultivo de plantas, fuentes básicas de las drogas, por la falta de tierras aptas. Esto justifica por qué en el neolítico cuando se producen los asentamientos y se pasa de ser cazadores y recolectores a cultivadores (domesticación de animales y plantas) se produce un avance importante en conocimiento de las plantas y, por ende, de las drogas.

El uso de las drogas por parte de los distintos pueblos se debe a diversos motivos o finalidades. Destacan por su importancia el objetivo médico o curativo y el que se desarrolla en contextos mágico-religiosos o sacramentales. No podemos obviar otros usos como los festivos, los que rodean a determinados eventos sociales como por ejemplo, los ritos iniciáticos. Entre los fines curativos (Alfonso SanJuan e Ibañez López 1992²) los chinos empleaban el cannabis disuelto en vino como analgésico. A los trabajadores de las pirámides se les daba cerveza para tonificarles y evitar la deshidratación. Las parteras y curanderos de la edad media usaban datura, belladona, opio, láudano, etc.

¹ WEIL, Andrew, ROSEN Winifred (1999). *Del café a la morfina. Todo lo que necesita saber sobre sustancias psicoactivas de la «A a la «Z»*. Barcelona.

² ALFONSO SANJUAN M., IBAÑEZ LÓPEZ P. (1992). *Todos sobre las drogas legales e ilegales*. Dykinson. Madrid pp. 19 y ss.

En la culturas china, en el año 2737 a.C. se cita al cannabis como eficaz medicamento. En Mesopotamia el opio alegraba a los deprimidos. En occidente se operaba al enfermo en fase de ebriedad. Con finalidad religiosa los autores citan al peyote para adivinar el futuro. El coatlxouhqui se daba a beber a quien se quería perjudicar. El peyote hacía perder el miedo, el hambre y la sed en los combates, etc.

Escohotado (1996)³ hace un repaso sobre los lugares de origen de las diferentes drogas. Así en el Norte de Asia y Europa hay unas pocas especies de setas y hongos. Desde el valle del Nilo al del Ganges, proliferan la adormidera, cáñamo y daturas, lo mismo que en Indochina y China. En la zona griega es abundante el cornezuelo de cereales. Del Mississipi hacia el sur abundan los estimulantes: coca, mate, guarana, cacao y el tabaco, el cáñamo, la adormidera y la vid fueron llevados por los españoles y portugueses durante la colonización. En África son autóctonos el cáñamo y las daturas, también abundan plantas que contienen alcaloides de tipo cafeínico y anfetamínico (kat). En Extremo Oriente existía el te y el betel (excitante que se masca). En Oceanía el más utilizado es el Kawa-kawa (bebaje rico en pironas). En Europa central y occidental abundan el beleño, la belladona, la mandrágora y varias daturas. En Cataluña, amanita muscaria. Las plantas vinculadas a bebidas alcohólicas son prácticamente universales.

Escohotado (2003)⁴ reitera que apenas si existen casos reportados sobre adicciones en las distintas culturas. Los sumerios, egipcios y grecorromanos no dejaron testimonios escritos sobre ningún opiómano. Desde el siglo XVII al XIX no se reportan testimonios de toxicomanía o adicción salvo casos de alcohólicos, tabacómanos y cafetómanos. Las drogodependencias pertenecen más bien a la época prohibicionista. Un factor determinante en la aparición de las adicciones sería el que las drogas tienen su refrendo en la sociedad y cultura donde se usan.

La relación de las personas con las drogas es siempre en un contexto cultural y la tolerancia social con respecto al consumo no depende de las propiedades farmacológicas de las drogas, sino de la construcción social en torno a estas⁵. Basta con observar los distintos tipos de drogas, su tolerancia social y la cultura donde se desarrolla. Así, por ejemplo, en nuestro medio con el alcohol, en los pueblos andi-

³ ESCOHOTADO A. (1996). *Historia de las drogas*, 3.ª Edición, Alianza Editorial, pp. 70-76.

⁴ ESCOHOTADO A. (2003). «Historia y sociología de las drogas». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial.

⁵ CANTERO F. (2007). *Drogas, adicciones y subjetividad*. *Norte de Salud mental*, n.º 29, pp. 58-62.

nos con la coca y en el mundo islámico con el cáñamo. Incluso dentro de una misma cultura puede variar la tolerancia o el juicio social sobre las drogas según el momento temporal donde se desarrolla. En Europa y en España a partir de la segunda década del siglo xx, la cocaína era una droga mal vista (era de prostitutas y homosexuales). Por el contrario la morfina y el opio pertenecía al estamento médico y gozaba de mejor fama. En los años 70 y 80 cambia esa perspectiva y, mientras la heroína (opiáceo) pasa a ser la droga de las clases sociales bajas y grupos marginales, la cocaína es mas propia de ejecutivos y personas con posiciones sociales más acomodadas.

Todo ello ha determinado que cuando en una cultura se ha tolerado una determinada droga, cualquier introducción de otra nueva, se vea como una droga más primitiva, perniciosa y se tienda a prohibir su uso. De este modo podríamos considerar que uno de los factores, entre otros muchos, que han influido en la aparición del prohibicionismo ha sido la ruptura del statu quo existente durante milenios en las distintas sociedades respecto de la permisividad de sus drogas. A este respecto Alfonso SanJuan e Ibañez López⁶ dicen: «Colón en 1493 cita el cohoba que los nativos aspiraban por la nariz. Los conquistadores citan la coca, teonanacatl, toloachtl, peyolt, ololulhqui (liana verde), cohoba, ayahuasca y yagué. La utilizaban los adultos, rara vez la juventud. Solo en ciertas ceremonias sagradas, sociales o guerras. Con una finalidad perfectamente lógica y ajustada a su nivel social y cultural. Utilizaban únicamente la droga local, la que conocían y a la que estaban acostumbrados. Actualmente, en el siglo xx, la civilización trajo el consumo de drogas no autóctonas o locales. Esta desaparición de las barreras físicas de espacio y tiempo para la difusión de las drogas exóticas es posiblemente uno de los desencadenantes de la plaga social actual.»

Hasta los inicios del siglo xx, no existían legislaciones prohibicionistas, las drogas estaban en el mercado libre y se accedía a ellas como a cualquier otro producto o sustancias expendiéndose en las droguerías. Si bien es cierto que las religiones monoteístas predicaban la abstinencia o condenaban el uso de drogas (p. ej. el Islam el alcohol, aunque Escotado discrepa con la afirmación), es USA el país que abandera en movimiento prohibicionista.

En las bases del prohibicionismo, Escotado (1996)⁷ apunta las siguientes:

⁶ ALFONSO SANJUAN M., IBAÑEZ LÓPEZ P. (1992). *Ibidem*, p.19.

⁷ ESCOTADO A. *Ibidem*, tomo 2, pp. 120 y ss.

1. elemento religioso. La ebriedad es considerada como «un paraíso artificial» que amenaza a la sociedad con plagas de impureza y que requieren una intervención inmediata.
2. componentes de tipo racial, distinguiendo entre drogas «pueriles» y drogas «civilizadas».
3. la evolución del estamento terapéutico.
4. la asunción por parte del estado de funciones que antes eran propias de la sociedad civil.
5. el conflicto chino-inglés a propósito del opio.

En Estados Unidos en 1826 se funda la Sociedad Evangélica Americana de Templanza que estaba bien vista por comerciantes y fabricantes porque preconizaba que la abstinencia en los trabajadores producía un 25% más de ganancia. Se cambian los hábitos de los estadounidenses respecto de las bebidas (en 1845 se bebe un cuarto de lo que se bebía 15 años antes)⁸.

El partido prohibicionista que aparece en 1869 en los Estados Unidos se nutre de una tríada asociativa: infelicidad, delincuencia y consumo de alcohol. En apoyo a ese partido aparece «la liga de mujeres a favor de la templanza». En 1907 en Georgia se promulga la primera ley prohibicionista. El alcohólico era un sujeto moralmente débil. Había una fuerte asociación entre consumo de alcohol e inmigración. En la «Convención Internacional del opio» firmada en la Haya en 1912, los estados partes se comprometían a restringir la producción, venta y utilización de determinados fármacos manufacturados (entre ellas las formas medicinales del opio, morfina y cocaína). En 1920 aparece la ley seca —ley Volstead—. Se vincula el no consumo de alcohol con el puritanismo. La equivalente en relación al opio, morfina y cocaína, después heroína, es la ley Harrison.

En España la restricción en el uso de drogas comienza tímidamente con una Real Orden Circular dictada el 27 de febrero de 1918 donde en el preámbulo se invocaban los compromisos internacionales (acuerdos de la Haya) y se justificaba la necesidad de reprimir «el abuso», no el uso de la cocaína, opio, morfina, etc. (Usó 1996)⁹ básicamente con fines medicinales. La siguiente disposición legal es el Real Decreto de 31 de Julio de 1918 que hace referencia al Reglamento para el comercio y dispensación de sustancias tóxicas y en especial de las que ejercen

⁸ ALVARADO LÓPEZ X.U. (2010), «Lucha metodista por la templanza en Estados Unidos y México», 1873-1892 *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, n.º 40, julio-diciembre.

⁹ Usó J.C. *Drogas y cultura de masas (España 1855-1995)*. Taurus. Madrid, pp. 63 y ss.

acción narcótica, antitérmica o anestésica; este reglamento junto al código Penal de 1870 planteaba el tráfico ilícito como una falta administrativa. El 22 de abril de 1920 se dicta una nueva orden con la intención de excitar al máximo el celo represor de los gobernadores civiles en esta materia.

Siguiendo a Usó (1996)¹⁰, en 1925 se produce una nueva conferencia en materia de drogas que acaba con el texto del Convenio Internacional de Ginebra sobre restricción en el tráfico de opio, morfina y cocaína, que España firma ese mismo año. Se restringe pues esas drogas a usos médicos y científicos.

En la base del prohibicionismo se arguye la obligación del Estado de salvaguardar el principio jurídico de «salud pública». Pero también hay un componente «moral y de buenas costumbres»: para salvaguardarlas hay que combatir «el vicio» de las drogas —el término vicio, ha estado durante mucho tiempo vinculado a las adicciones, hasta que desde el estamento médico con la demostración de las alteraciones estructurales cerebrales las han incluido entre los trastornos mentales—.

El Nuevo Código Penal de 1928 separa a las drogas tóxicas o estupefacientes de las sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos. Todo esto va a traer unas consecuencias bien conocidas por todos: aparece un mercado negro, las drogas se encarecen de forma considerable y se adulteran con objeto de conseguir mayores beneficios. Además aparece un nuevo perfil de drogodependiente: joven, irresponsable, sin conocimientos toxicológicos y que no ejercía el don de la medida y oportunidad.

La cocaína era la droga de las prostitutas y homosexuales, mientras que la morfina estaba muy arraigada entre la clase médica o pertenecientes al mundo sanitario. La heroína inicialmente estaba considerada como una droga «benigna». Espasa-Calpe al definirla decía: «Es un buen sucedáneo de la codeína y la morfina, teniendo la ventaja de no provocar estreñimiento ni crear hábito». La compañía farmacéutica Bayer ofrece al público dos sustancias analgésicas: el ácido acetilsalicílico (aspirina) y la diacilmorfina (heroína). Poco después, en 1900, el *Boston Medical and Surgical Journal* declara que «la heroína posee muchas ventajas sobre la morfina: no es hipnótica, no hay peligro de contraer hábito»¹¹. En relación a la cocaína se llega a afirmar: «puede usarse con exceso como todo lo demás y ser entonces perjudicial para

¹⁰ Usó. *Ibidem*, pp. 67 y ss.

¹¹ ESCOHOTADO A. (2003). *Ibidem*, pp. 129-130.

la salud, pero no deja de ser la droga menos dañina, la más calmante y tónica de las conocidas».

Posteriormente Freud en un artículo titulado «Craving for and fear of cocaine» admite que la cocaína producía paranoia, alucinaciones y deterioro físico y mental; Mattison en 1887 dice que la cocaína produce adicción.¹²

La época prohibicionista la podemos fijar con las reformas del Código Penal del año 1932, pero es la ley de vagos y maleantes de 4 de Agosto de 1933 la que aporta elementos sustanciales en esta materia. Se aplicaría a los ebrios y toxicómanos habituales. La Ley queda derogada y es sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 5 de Agosto de 1970 que a su vez queda derogada definitivamente el 23 de Noviembre de 1995.

Los patrones de consumo y también de las adicciones han cambiado de forma importante en los últimos treinta años. Probablemente lo más determinante fueron las complicaciones que trajo la utilización de la vía intravenosa. Durante la década de los años ochenta y los primeros noventa existe un prototipo de drogodependiente que responde a una persona joven, que consume heroína o heroína mezclada con cocaína («yonqui») por vía intravenosa y que suelen ser «clientes» habituales de los juzgados de guardia por cometer delitos contra la salud pública —tráfico a pequeña escala— y contra la propiedad, principalmente. Pronto aparecen importantes complicaciones derivadas del uso de la vía intravenosa; la más significativa fue la aparición del SIDA (una de cuyas vías de transmisión es la parenteral cuando no se extreman los cuidados higiénicos), puesto que era frecuente compartir jeringuillas. También proliferaron las hepatitis B y C y complicaciones derivadas de adulterantes que en algunos casos llevaron a la muerte de algunos adictos.

Debido a estas complicaciones y, probablemente también porque el mercado de drogas ilegales tiene otros intereses, se va abandonando la vía intravenosa, y la heroína va perdiendo fuerza frente a la cocaína hasta la actualidad. Además, emergen con fuerza otras drogas como las anfetaminas y las drogas de diseño (drogas usadas en discotecas) y se empieza a detectar un incremento en la utilización de psicofármacos.

La UNODC (Oficina de Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen) estima que entre 155 y 250 millones de personas en todo el mundo (3,5 a 5,7% de la población entre 15 y 64 años de edad) consumieron sustancias ilícitas en 2008. A nivel mundial, los consumidores de cannabis

¹² TORRES, M.A., SANTODOMINGO J., PASCUAL, F., FREIXA F., ALVAREZ C. *Historia de las adicciones en la España Contemporánea*. Sociodrogalcohol. Disponible en: www.pnsd.msc.es/Categoria2/.../HistoriaAdicciones_EspContem.pdf

constituyeron el principal grupo de consumidores de drogas ilícitas (entre 129 y 190 millones de personas); le siguió en volumen de consumo el de sustancias del grupo de las anfetaminas y a continuación la cocaína y los opiáceos.

En el epicentro del consumo de drogas se encuentran los «consumidores problemáticos», es decir, aquellos que se las inyectan o son considerados drogodependientes, quienes en consecuencia sufren graves repercusiones de índole social y sanitaria. Sobre la base de estimaciones del número de consumidores de cannabis, opiáceos, cocaína y ETA (Estimulantes tipos anfetamínico) a nivel mundial, se calcula que en 2008 había de 16 a 38 millones de consumidores problemáticos en el mundo. Ello corresponde a una proporción de entre el 10 y el 15% de todas las personas que consumieron drogas ese año. En el plano mundial, se calcula que durante el último año, entre el 12% y el 30% de los consumidores problemáticos recibieron tratamiento, lo que supone que entre 11 y 33,5 millones de consumidores problemáticos no recibió tratamiento ese año¹³.

A nivel europeo, el informe 2009¹⁴ destaca los siguientes datos sobre una población entre 25-64 años (encuestas realizadas entre 2004-2008): prevalencia del cannabis a lo largo de la vida: 75,5 millones (22,5% de la población); Cocaína, 14 millones (4,1% de la población); Éxtasis, 11 millones (3,3% de la población); Anfetaminas, 12 millones (3,7% de la población); Opiáceos (consumidores problemáticos) 1,2-1,5 millones. Las muertes inducidas por drogas representan el 4% de todas las muertes de los europeos entre 15 y 39 años (en casi el 75% de todas ellas se han encontrado opiáceos).

A nivel español, el informe del Observatorio de drogas¹⁵, destaca las siguientes conclusiones sobre la evolución del consumo y los problemas de drogas en España en los años más recientes:

- 1) Se ha detenido el descenso de consumo de tabaco observado hasta 2007.
- 2) Está estabilizada o en descenso la proporción de consumidores de bebidas alcohólicas, aunque ha aumentado la frecuencia de episodios de consumo intensivos (borracheras).

¹³ NACIONES UNIDAS (2010). Informe mundial sobre las drogas. Resumen ejecutivo. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2010/EXECUTIVE_SUMMARY_-_SP.pdf

¹⁴ Observatorio Europeo sobre las drogas y las toxicomanías. Informe 2009. Disponible en: http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_37249_ES_TDAC05001ES1.pdf

¹⁵ Observatorio español sobre drogas. Informe 2009. Disponible en: <http://www.pnsd.mspsi.es/Categoria2/observa/pdf/oed-2009.pdf>

- 3) Se ha detenido el descenso del número de inyectadores de drogas admitidos a tratamiento.
- 4) Continúa descendiendo lentamente la mortalidad directamente relacionada con drogas ilegales, aunque persiste un número elevado de muertes de este tipo (más de 800 en 2006).
- 5) En los inyectadores de drogas persisten altos niveles de infección por VIH y virus de la hepatitis, y de conductas de riesgo sexuales y de inyección, aunque ha disminuido mucho el número de nuevos diagnósticos de VIH en esta población.
- 6) Después de muchos años de descenso, puede haberse estabilizado el consumo de heroína, e incluso puede haber comenzado a ascender.
- 7) Se han estabilizando o pueden haber comenzado a descender el consumo de cocaína y cannabis y los problemas asociados, tras muchos años de aumento continuado.
- 8) Ha aumentado el consumo de hipnosedantes, mientras continúan descendiendo el consumo y los problemas por éxtasis, anfetaminas y alucinógenos.

En 2007 las sustancias psicoactivas más extendidas entre la población española de 15 a 64 años fueron el alcohol y el tabaco. Entre las drogas de comercio ilegal, las más extendidas fueron el cannabis, la cocaína y el éxtasis, todas con prevalencias en los últimos 12 meses que sobrepasan el 1% (10,1% para cannabis, 3,0% para cocaína y 1,1% para éxtasis). El uso de otras drogas de comercio ilegal fue menos común. La prevalencia de uso de tranquilizantes (6,9%) y somníferos (3,8%) con o sin receta médica en los últimos 12 meses, sólo se ve superada por el alcohol, el tabaco y el cannabis.

En Euskadi¹⁶ también es el cannabis la droga ilegal más utilizada. La tendencia observada es un crecimiento paulatino en el consumo de todas las drogas ilegales (excepto la heroína) hasta el 2004. Después hay un leve descenso y luego un mantenimiento. En cuanto al alcohol, los bebedores excesivos están estables.

La prevalencia del consumo experimental en Euskadi en porcentajes, en encuesta realizada en 2010, revela que: un 10,1% ha probado alguna vez una droga ilegal. Anfetaminas y cocaína el 6,8% (igual porcentaje para ambas drogas). LSD el 3,6%, éxtasis el 2,3, monguis 2,3%, ketamina 0,7%, heroína 0,5%.

¹⁶ *Euskadi y drogas* (2010). Observatorio Vasco de Drogodependencias. Dirección de drogodependencias.

II. El tráfico de drogas

El tráfico de drogas no es precisamente un tema propio de la actividad médico forense excepto cuando intervenimos con drogodependientes que han sido acusados de un delito contra la salud pública. El tráfico de drogas tiene aspectos muy diversos que han de ser abordados desde múltiples disciplinas: la sociología, la economía, la política, el derecho, la sanidad, etc. En esta ponencia únicamente haré alguna referencia general.

El prohibicionismo trajo consigo el desarrollo y crecimiento de un mercado ilegal de drogas («mercado negro»). La lógica es aplastante: hay una demanda de drogas y no hay una oferta legal. Ante esta evidencia empírica, era previsible (ya se tenía experiencia con la «Ley Seca» que afectó al alcohol en USA) que grupos y personas (actualmente también regímenes políticos o gobernantes) vislumbraron un negocio muy lucrativo.

Desde principios del siglo pasado han sido muchos los intentos por conseguir un mundo libre de drogas. Entre los días 8 y 10 de Junio de 1998, la 20.ª Sesión Especial de la Asamblea General de la ONU (UNGASS) en Nueva York se discutió el problema mundial sobre las drogas y se estableció una nueva agenda. Los estados miembros de la ONU se comprometieron a lograr resultados mensurables en la reducción de la oferta y de la demanda de drogas ilegales hasta el 2008. Evidentemente los objetivos propuestos no se han logrado aunque los más optimistas hablaban de una tendencia general de estabilización en la producción, tráfico y consumo de drogas. Los países miembros vuelven a renovar el compromiso de la UNGASS de 1998 hasta el 2019 fijando como objetivo «minimizar y eventualmente eliminar la disponibilidad y el uso de drogas ilícitas».

Para algunos expertos el fracaso en el logro de los objetivos planteados deriva de haber incidido sobre los elementos más vulnerables de la cadena del tráfico de drogas: el pequeño cultivador de coca o amapolas y el drogodependiente de la calle. No se ha considerado, si atendemos desde el lado de la oferta, que la destrucción de campos de cultivo de plantas de las que se obtienen las drogas (coca o amapolas por ejemplo), única subsistencia de muchos pequeños agricultores no iba a producir lo que se pretendía. Por el contrario, esos agricultores perjudicados o bien se enrolaban en otras actividades delictivas o volvían a sembrar sus campos con las mismas plantas, ya que otras alternativas de cultivo no les permitía subsistir.

EEUU que ha sido el abanderado del prohibicionismo y que desató la «guerra contra las drogas», términos acuñados por Nixon en 1973,

ha visto fracasada toda su política represora. Algunos, no obstante, percatándose de esa esterilidad empiezan a buscar alternativas. Así por ejemplo, se contempla la posibilidad de implantar programas como «amapolas para uso medicinal» haciendo legal un cultivo por su fin (medicinal) sobre otro ilegal (tráfico de derivados del opio).

El mercado negro al ser ilegal y, por lo tanto, expuesto a mayores inconvenientes y peligros (detenciones, persecución policial, encarcelamientos, etc.) determina un incremento del valor de la droga que puede multiplicarse por cien. Pero además, por el afán de lucro, se adultera la droga para sacar más beneficio. Todo ello tiene una serie de implicaciones: la primera y más importante es que puede suponer un grave problema de salud ya que no hay ningún control sanitario. Son muchos drogodependientes los que han dejado su vida a causa de la droga ilegal (no controlada). En segundo lugar, al ser un mercado ilegal, no se rinde ningún tipo de cuenta a la hacienda pública siendo un negocio extraordinariamente lucrativo. Por último, los países en la lucha contra el tráfico de drogas invierten importantes cantidades de dinero en policías, prisiones, sanidad, etc.

En 1998 algunas personalidades como el ex-secretario de la ONU, Pérez de Cuellar, ex-presidentes de países, premios nóbeles y otras personas relevantes, se dirigieron a la Sesión Especial sobre Drogas de la ONU con un manifiesto titulado «creemos que la guerra contra las drogas está causando más daño que las drogas mismas».

Todo esto ha ido propiciando un clima antiprohibicionista muy militante que, no obstante, no es tampoco homogéneo ya que están aquellos que propugnan algún tipo de control previa discusión, sobre todo, en términos científicos y no morales o de otra índole y aquellos otros que defienden la libertad absoluta del consumo de cualquier sustancia. Uno de los argumentos más esgrimidos es el derivado del término «pharmacón» utilizado por los griegos y que servía para denominar tanto a los medicamentos como a las drogas. Medicamento y droga eran sinónimos, lo que les hacía beneficioso o perjudicial era su uso o abuso.

Desde un punto de vista médico forense a efectos de valorar las capacidades cognitivas y volitivas de los sujetos imputados en delitos de tráfico de droga, tendríamos que decir que existirían dos tipos de personas muy contrapuestas. Por un lado están los que son drogodependientes y que a la vez trafican a pequeña escala («trapicheo»). En gran medida, ambas circunstancias se dan en un gran porcentaje de casos, ya que esa actividad (tráfico) les sirve para subvencionar su dependencia. Por otro lado, estarían aquellas personas no dependientes a drogas que trafican con ellas. Dentro de este grupo existen a su vez diversas categorías. Las dos principales serían: los que son utilizados por los gru-

pos de narcotraficantes a gran escala para transportar drogas —mulas— (para algunos «muleros») que acuden al llamamiento de anuncios hechos por los narcos por un interés de obtener un dinero rápido y «fácil» y aquellos otros que pertenecen a la organización del narcotráfico, en nuestro país, a nivel del eslabón de la distribución. En general, estos son procesados en los juzgados de la Audiencia Nacional.

A los efectos de apreciar alguna alteración de la imputabilidad para delitos relacionados con el tráfico de drogas y siempre que no se tratara de delitos donde las cantidades de drogas fueran de notoria importancia y, por supuesto, atendiendo al caso concreto (las generalizaciones son sólo válidas a nivel académico) únicamente nos quedaríamos con el primer grupo de personas: los drogodependientes que a la vez «trapichean» para subvencionarse los costos de la droga que necesitan pudiéndose apreciar algún grado de limitación de sus capacidades psíquicas. Ello se justifica porque el dependiente precisa de la droga de la que depende y para ello, tiende a recurrir a cualquier conducta para tratar de conseguirla y entre ellas habría que contemplar el tráfico de drogas.

III. Algunos conceptos previos

La última parte de la ponencia se refiere al tratamiento de las drogodependencias, pero para llegar a ello, es preciso delimitar algunos conceptos y establecer, aunque solo sea de forma somera, cómo se insaura la adicción a las drogas.

El concepto de droga es amplio y no siempre bien consensuado. Martín del Moral y Lorenzo Fernández (2009) entre otros, la definen como: «aquellas sustancias psicoactivas con acción reforzante positiva, capaces de generar dependencia psicológica, también física, y que ocasionan, en muchos casos, un grave deterioro psicoorgánico y de conducta social» (es un concepto equivalente al que la OMS se refirió como «droga de abuso»). Desde una perspectiva médica y científica la palabra droga implica:

1. sustancia que introducida en el organismo vivo es capaz de alterar una o varias funciones psíquicas (carácter psicotropo o psicoactivo).
2. induce a las personas que las toman a repetir su administración por el placer que generan (acción reforzadora positiva).
3. el cese en su consumo puede dar lugar a un gran malestar somático y/o psíquico (dependencia física y/o psicológica)
4. no tiene ninguna implicación médica y si la tiene, puede utilizarse con fines no terapéuticos.

Existen tres estadios que suelen ser secuenciales, aunque no necesariamente se llegue a cumplir toda la cadena. Así, en general, lo primero que se produce con el contacto con una droga es su consumo o uso. Este estadio no implica ninguna consecuencia especial excepto el mero hecho de consumir una sustancia. El siguiente estadio es el abuso. El abuso¹⁷ se puede definir como cualquier consumo de droga que dañe o amenace dañar, la salud física, mental o el bienestar social de un individuo, de diversos individuos o de la sociedad en general. Existirían cuatro criterios para el diagnóstico del abuso: 1. uso no aprobado. 2. uso peligroso. 3. uso dañino. 4. uso que provoca una disfunción. (El DSM-IV-TR se refiere a él con el nombre de «Trastorno por abuso de sustancias psicoactivas» y la CIE-10 como «Consumo perjudicial»).

La drogodependencia la define y operacionaliza la APA (Asociación de Psiquiatría Americana) a través de su DSM-IV-TR¹⁸ del siguiente modo (reproducimos su texto):

Criterios para la dependencia de sustancias:

Un patrón desadaptativo de consumo de la sustancia que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativo, expresado por tres (o más) de los ítems siguientes en algún momento de un período continuado de 12 meses:

1. Tolerancia, definida por cualquiera de los siguientes ítems: (a) una necesidad de cantidades marcadamente crecientes de la sustancia para conseguir la intoxicación o el efecto deseado (b) el efecto de las mismas cantidades de sustancia disminuye claramente con su consumo continuado
2. Abstinencia, definida por cualquiera de los siguientes ítems: (a) el síndrome de abstinencia característico para la sustancia (v. Criterios A y B de los criterios diagnósticos para la abstinencia de sustancias específicas) (b) se toma la misma sustancia (o una muy parecida) para aliviar o evitar los síntomas de abstinencia
3. La sustancia es tomada con frecuencia en cantidades mayores o durante un período más largo de lo que inicialmente se pretendía
4. Existe un deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo de la sustancia

¹⁷ MARTÍN DEL MORAL, M. LORENZO FERNÁNDEZ, P. (2009). «Conceptos fundamentales en drogodependencias». En P. LORENZO, J.M. LADERO, J.C. LEZA, I. LIZASOAIN: *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Legislación*. Panamericana, 3.ª Edición, Madrid.

¹⁸ DSM-IV-TR: *Manual de Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (2009). Masson. Barcelona.

5. Se emplea mucho tiempo en actividades relacionadas con la obtención de la sustancia (p. ej., visitar a varios médicos o desplazarse largas distancias), en el consumo de la sustancia (p. ej., fumar un pitillo tras otro) o en la recuperación de los efectos de la sustancia
6. Reducción de importantes actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo de la sustancia
7. Se continúa tomando la sustancia a pesar de tener conciencia de problemas psicológicos o físicos recidivantes o persistentes, que parecen causados o exacerbados por el consumo de la sustancia (p. ej., consumo de la cocaína a pesar de saber que provoca depresión, o continuada ingesta de alcohol a pesar de que empeora una úlcera).

Especificar si:

Con dependencia fisiológica: signos de tolerancia o abstinencia (p. ej., si se cumplen cualquiera de los puntos 1 o 2).

Sin dependencia fisiológica: no hay signos de tolerancia o abstinencia (p. ej., si no se cumplen los puntos 1 y 2).

Codificación del curso de la dependencia en el quinto dígito:

0 Remisión total temprana 0 Remisión parcial temprana 0 Remisión total sostenida 0 Remisión parcial sostenida 2 En terapéutica con agonistas 1 En entorno controlado 4 Leve/moderado/grave.

La dependencia psicológica hace referencia (Martín del Moral y Lorenzo Fernández (2009) al deseo irresistible (estado de ansia o anhelo [craving]) de repetir la administración de una droga para: a) obtener la vivencia de sus efectos agradables, placenteros y/o evasivos (sedación, euforia, alucinaciones) y/o b) evitar el malestar que se siente con su ausencia.

4.—Modelos explicativos de la drogodependencia

No se puede entender la drogodependencia si no atendemos a los elementos que forman parte de ella; es decir, la droga, la persona y el ambiente y las interrelaciones entre ellos.

En relación a la persona, es necesario distinguir entre los aspectos biológicos, que a su vez los podemos subdividir: sexuales y genéticos (en general, también relacionados) y los puramente psicológicos. En cuanto al sexo, por ejemplo, está bien documentado la mayor vulnerabilidad de las mujeres en relación al alcohol (mayor absorción de endotoxina bacteriana, menor actividad de la ADH —Alcohol-Deshidrogenasa— en la mucosa gástrica, menor tamaño corporal y mayor

contenido en grasa¹⁹. En cuanto a los aspectos genéticos no cabe duda que en muchos casos explican las diferencias que una misma droga ejerce sobre individuos distintos.

Los componentes psicológicos han sido objeto de muchos debates en el pasado tratando de descubrir una personalidad adictiva subyacente a todos los dependientes a drogas. Hoy día, todos los expertos descartan la existencia de esa personalidad. No obstante lo anterior, existen algunos rasgos o características que merecen la pena señalar. Así, por ejemplo Gómez-Perreta y cols.²⁰ utilizando tres dimensiones temperamentales del modelo de Cloninger: BN (búsqueda de la novedad), ED (Evitación del daño) y DR (Dependencia de recompensa) concluyen que el aumento extremo de la BN y una menor persistencia (componente de la DR) parece caracterizar principalmente a la población abstinente a las drogas. Algunos autores (Sánchez Hervás y Berjano Peirats²¹) encuentran determinadas características en los drogodependientes como por ejemplo la mayor inestabilidad emocional, menor tolerancia a la frustración, tendencia a no asumir responsabilidades, etc. que junto a otras características como la impulsividad, búsqueda de sensaciones nuevas que son compartidas por muchos adolescentes hacen que sea la adolescencia un periodo de vulnerabilidad.

En lo que sí parece existir acuerdo es la mayor prevalencia entre los drogodependientes de trastornos de la personalidad. Marset y Ritter en Marset y cols. (2004)²², estiman que el 50% de los trastornos por uso de sustancias tienen al menos un diagnóstico de trastorno de la personalidad. Principalmente las llamadas personalidades impulsivas, dramáticas e hiperemotivas (Cluster B del DSM-IV-TR). Garnica de Cos²³ establece que cuando la vía es la desinhibición del comportamiento, la comorbilidad mas habitual entre adicción y trastorno de la personalidad sería con el antisocial y el límite. Cuando es la vía de la sensibilidad

¹⁹ LADERO QUESADA J.M. «Alcohol (II): hepatopatía alcohólica». En P. LORENZO, J.M. LADERO, J.C. LEZA, I. LIZASOAIN: *Drogodependencias. Farmacología. Patología. Legislación*. Panamericana, 3.ª Edición, Madrid.

²⁰ GÓMEZ-PERRETA C., PÉREZ M.I., PORTOLÉS M., SALOM, R. (2001). «Teoría tridimensional de la personalidad: aplicación a los trastornos por abuso de sustancias». *Actas Esp Psiquiatr*; n.º 29 (3): pp. 143-147.

²¹ SÁNCHEZ HERVÁS E., BERJANO PEIRATS E. (1996) «Características de personalidad en sujetos drogodependientes». *Psicothema*; n.º 8 (3): pp. 457-463.

²² MARSET M., RITTER C. (2004). Características de la personalidad del drogodependiente: implicaciones para nuestra relación profesional. Un modelo de intervención en medio penitenciario. *Rev. Esp Sani Pent*; n.º 6: pp. 86-89.

²³ GARNICA DE COS E. (2005). *Personalidad en adicciones. Intersiquis*. Disponible en: <http://www.psiquiatria.com>.

a la recompensa lo sería con el histriónico y narcisista y la drogas más utilizada sería la cocaína y estimulantes. Por último, cuando la vía es la reducción del estrés estarían implicados los Trastornos por evitación, por dependencia, esquizotípico y límite y las drogas más usadas serían el alcohol, heroína y benzodicepinas.

Otro componente de este modelo biopsicosocial es la droga. Efectivamente hay drogas con mayor capacidad para producir dependencia. Una forma de medir el potencial adictivo es, en función de términos epidemiológicos, la relación de individuos que consumen la sustancia esporádicamente frente a los que la consumen habitualmente, cuando estos últimos superan a los primeros, la sustancia consumida tiene un alto potencial adictivo. Otra forma de evaluación es la experimental midiendo el tiempo que transcurre desde que se consume por primera vez la sustancia hasta que se produce la dependencia. Factores intrínsecos específicos de la droga en cuestión determinan ese potencial adictivo: rapidez de absorción y de inicio de sus efectos, su distribución, eliminación, actuación enzimática, depósito, etc.²⁴.

El último componente es el ambiente. El más cercano al individuo está formado por la familia, los iguales, la escuela, el trabajo, etc. Es estos ambientes podemos encontrar factores favorecedores al consumo de drogas y al contrario, factores protectores (en general serían los contrarios). Entre los factores favorecedores del consumo de drogas en el ámbito familiar, están los modelos parentales de consumos de drogas, la desestructuración familiar, las conductas violentas, la falta de disciplina, etc. Muy importante es la estructura, costumbres, relaciones entre el grupo de iguales. Si en el grupo de iguales se consume drogas, hay un alta probabilidad que un miembro nuevo que ingrese en el mismo acabe consumiéndolas también. La escuela y el trabajo asimismo son fuentes de influencia positivas o negativas. El ambiente más lejano, denominado macrosistema está representado por el clima social, valores sociales como el hedonismo, evasión, satisfacción inmediata, consumismo, etc. la publicidad, los modelos sociales, la oferta de drogas no propias de la cultura social donde se desarrolla la dependencia, etc.

A pesar de que como hemos comentado anteriormente no parecen reportarse casos de adictos en la historia antigua, el hecho indudable es que en los últimos tiempos nadie puede poner en duda el fenómeno de la adicción. Ello merece hacer una reflexión sobre sus causas o motivos.

²⁴ MARTÍN DEL MORAL, M. LORENZO FERNÁNDEZ, P. (2009). *Ibidem*, pp. 28-29.

IV. Neurobiología de la drogodependencia

Hasta no hace demasiado tiempo y todavía hoy en ciertos sectores de la sociedad, los más desinformados, persistían en la creencia de que los que consumían drogas de forma habitual eran unos viciosos (se consume por vicio. Inicialmente no había modelos biológicos explicativos). De ahí que a la droga se le ha asociado con el vicio y a los que las consumen se les calificaba como viciosos, degenerados, etc. El avance significativo del conocimiento de los mecanismos cerebrales implicados en las acciones de las drogas sobre el sistema nervioso central, han permitido concluir que son muchos los fenómenos que a nivel biológico, tanto estructural como fisiológico y, en última instancia, conductual, se producen. Esto ha llevado a la consideración de que las adicciones o drogodependencias sean consideradas trastornos mentales incluidos en todas las clasificaciones internacionales (CIE-10 y DSM-IV-TR).

Todos los expertos coinciden en que las drogas actúan sobre el denominado sistema de recompensa. Este sistema depende de las vías dopaminérgicas (utilizan la dopamina como neurotransmisor) de los sistemas mesolímbico y mesocortical (no entraremos en la descripción detallada de estos sistemas). Existen otra serie de neurotransmisores que también intervienen como por ejemplo los opioides endógenos, el GABA, serotonina, acetilcolina, etc.

Si las drogas actúan sobre el sistema de recompensa; es decir, proporcionando refuerzo (existen evidencias empíricas de que animales de experimentación cuando se autoadministran drogas directamente en el cerebro, son capaces de postergar cualquier otra necesidad como por ejemplo la comida aún estando hambrientos ante la opción de consumir la droga) lo que cabe esperar es que los individuos, por diferentes razones como ya hemos esbozado anteriormente, tiendan a repetir el consumo.

Cuando se consume de forma reiterada se acaba, con mucha probabilidad, desarrollando un estado adictivo. Este estado implica una neuroadaptación; es decir, la aparición de cambios metabólicos y funcionales que afectan a los receptores, neurotransmisores y hasta cambios en los genes implicados en la expresión de los componentes neuronales. Se producen, pues, cambios que desestructuran la arquitectura previa. Ello lleva como consecuencia que en esta fase de nueva adaptación cuando falta la droga se producen efectos negativos (síndrome de abstinencia con el cotejo clínico displacentero).

V. Tratamiento de las adicciones

El tratamiento de las adicciones tal y como lo conocemos hoy, data de poco más de un siglo (comparados con los muchos siglos del uso de

drogas). No podemos olvidar que hasta bien entrados en el siglo xx, la mayoría de las drogas (a excepción del alcohol) se vendían en farmacias, droguerías, herboristerías, no existiendo conciencia sobre los daños que podrían ocasionar, sino todo lo contrario, eran remedios para muchas enfermedades o disfunciones. Del alcohol, sin embargo, ya existían estudios científicos sobre los efectos agudos y crónicos, hablándose de «degeneración de la especie» por el alcohol.

El tratamiento de las adicciones pueden ser abordado desde múltiples perspectivas: según el método empleado (psicológico, farmacológico, combinado), el lugar (hospitalario, ambulatorio, comunidades, en prisión, etc.), la forma de aplicación (individual, grupal, comunitario), el objetivo (libre de drogas, de reducción de daños y riesgos, mantenimiento con metadona), el tipo (preventivos, asistenciales, etc.)

En esta ponencia no es posible hacer un repaso exhaustivo de los distintos tratamientos; además cada persona en función de sus circunstancias particulares y el tipo de droga consumida debería tener tratamientos particularizados. No obstante lo anterior, sí expondremos algunas generalidades.

Antes de entrar a describir las fases del tratamiento de las adicciones, debemos apuntar los principios básicos:

Principios de tratamientos efectivos NIDA (2001)²⁵

- No hay un solo tratamiento que sea apropiado para todas las personas.
- El tratamiento debe estar fácilmente disponible en todo momento.
- El tratamiento efectivo debe abarcar las múltiples necesidades de la persona, no solamente su uso de drogas.
- El plan de tratamiento del paciente debe ser continuamente evaluado.
- Para que el tratamiento sea efectivo, es esencial que el paciente lo continúe durante un período adecuado de tiempo.
- La terapia individual, de grupo y otros tipos de terapia de comportamiento constituyen componentes críticos del tratamiento efectivo para la adicción.
- Para muchos pacientes, los medicamentos forman un elemento importante del tratamiento, especialmente cuando se combinan con los diferentes tipos de terapia.

²⁵ National Institute on drug abuse. Principios de Tratamientos para La Drogadicción: Una Guía Basada en Investigaciones. Disponible en: <http://www.nida.nih.gov/podat/spanish/PODAT1.html>

- En el caso de individuos con problemas de adicción o abuso de drogas, que al mismo tiempo tienen trastornos mentales, se debe tratar los dos problemas de una manera integrada.
- La desintoxicación médica es solamente la primera etapa del tratamiento para la adicción y por sí misma, hace poco para cambiar el uso de drogas a largo plazo.
- El tratamiento no tiene que ser voluntario para ser efectivo.
- El posible uso de drogas durante el tratamiento debe ser constantemente supervisado.
- Los programas de tratamiento deben incluir exámenes para el VIH/SIDA, la hepatitis B y C, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, conjuntamente con la terapia necesaria para ayudar a los pacientes a modificar o cambiar aquellos comportamientos que les ponen a ellos o a otros en riesgo de ser infectados.
- La recuperación de la drogadicción puede ser un proceso a largo plazo y frecuentemente requiere múltiples rondas de tratamiento.

Uno de los modelos que se ha extendido y que goza de cierto predicamento es el de Prochaska y DiClemente (Modelo Transteórico). Es un modelo tridimensional que integra estadios, procesos y niveles de cambio.

Los estadios representan la evolución temporal del cambio. Se distinguen los siguientes:

1. Precontemplación. Aquí el adicto aún no se plantea modificar su conducta adictiva, no ve el problema.
2. Contemplación. El adicto es consciente de que tiene un problema y empiezan a considerar la posibilidad de abandonar la conducta adictiva pero no ha adoptado un compromiso firme de cambio.
3. Preparación. El adicto toma la decisión y se compromete a abandonar su conducta adictiva y empieza a hacer algunos cambios, como por ejemplo bajar la dosis.
4. Acción. El adicto cambia solo o con ayuda su conducta manifiesta con el objetivo de superar la adicción. Por ejemplo la abstinencia total.
5. Mantenimiento. El adicto intenta conservar y consolidar los logros del estadio anterior y prevenir la posible recaída.
6. Recaída. Aparece cuando las estrategias de estabilización y mantenimiento de la abstinencia fallan; suele haber sentimientos de fracaso, frustración, desesperanza, culpa, etc.
7. Finalización. Implica la total extinción de la conducta adictiva y que el mantenimiento del nuevo patrón conductual no suponga

ningún esfuerzo significativo «extra» de tiempo o energía en relación a cualquier otra conducta del repertorio del ex adicto.

Los procesos de cambio permiten comprender cómo suceden los cambios. Son actividades encubiertas o manifiestas iniciadas por un individuo para modificar su hábito adictivo. Cabe mencionar entre ellos:

1. Aumento de la concienciación.
2. Autorreevaluación. Es una valoración afectiva y cognitiva del impacto de la conducta adictiva sobre sus valores y manera de ser.
3. Reevaluación ambiental. Sobre todo de sus relaciones interpersonales.
4. Relieve dramático. Es la experimentación y expresión de reacciones emocionales elicítadas por la observación y/o advertencias respecto de los aspectos negativos asociadas a la conducta adictiva.
5. Autoliberación. Aumento de la capacidad para decidir y elegir.
6. Liberación social. Capacidad para elegir y decidir el cambio social.
7. Manejo de contingencias. Es una estrategia que aumenta la probabilidad de que una determinada conducta (no consumir drogas) ocurra. Es el auto y heteroreforzamiento.
8. Relaciones de ayuda. Es la utilización del apoyo social.
9. Contracondicionamiento. Consiste en modificar la respuesta (cognitiva, motora y fisiológica) elicítada por estímulos condicionados a la conducta adictiva, generando y desarrollando conductas alternativas.
10. Control de estímulos. Consiste en evitar someterse a situaciones de alto riesgo para consumir.

El modelo de Prochaska y DiClemente determina que determinados procesos de cambio son más prevalentes en unos estadios de cambio que en otros. Así por ejemplo, en la precontemplación los adictos utilizan menos procesos de cambio que en cualquier otro estadio. Los procesos de cambio como aumento de la concienciación, relieve dramático y reevaluación ambiental se dan más en el estadio de contemplación, etc.

La tercera dimensión del modelo transteórico son **los niveles de cambio**. Se refieren a qué cambios se necesitan para abandonar la conducta adictiva. Son los siguientes:

1. Síntoma/situacional.
2. Cogniciones desadaptadas.
3. Conflictos interpersonales actuales.

4. Conflictos sistémicos/familiares.
5. Conflictos intrapersonales.

Según el modelo se prefiere incidir inicialmente en el primer nivel porque el cambio es más fácil, es el motivo principal del adicto para ir a tratamiento, es el más consciente y porque al no ser niveles estanco al cambiar uno es probable que cambien los otros.

Un esquema general sobre el tratamiento de cualquier adicción seguiría las siguientes fases²⁶:

1. *Demanda de tratamiento*

Objetivo básico: analizar la demanda y retener al paciente en tratamiento.

Procedimientos técnicos: entrevista motivacional, escalas para evaluar aspectos motivacionales y estadios de cambio.

2. *Evaluación y análisis funcional*

Objetivo básico: conocer las áreas donde es más necesario realizar cambios.

Procedimientos técnicos: entrevista clínica, autoinformes, cuestionarios, medidas psicofisiológicas, etc.

3. *Tratamiento*

Fase I. Desintoxicación o mantenimiento.

Objetivo básico: desintoxicación física de la sustancia.

Procedimientos técnicos: intervención médica frente a la hospitalaria para la consecución de la desintoxicación sin sufrir los síntomas del síndrome de abstinencia de los opiáceos.

Fase II. Deshabitación psicológica o consecución de la abstinencia de la sustancia o dejar de realizar la conducta.

Objetivo básico: lograr la completa deshabitación psicológica a los indicios que conducen al paciente al consumo de la droga o a la realización de la conducta adictiva.

Procedimientos técnicos: técnicas conductuales y cognitivas para la consecución de la abstinencia (por ejemplo, exposición con prevención

²⁶ BECOÑA, E. (2001). «Tratamiento psicológico de las conductas adictivas». En J.M. BUCETA, A.M. BUENO y B. MAS (Eds.), *Intervención psicológica y salud: Control del estrés y conductas de riesgo*. Madrid: Dykinson, pp. 423-462.

de la respuesta, control de estímulos, entrenamiento en solución de problemas, entrenamiento en reducción del estrés, relajación, entrenamiento en habilidades sociales, técnicas de afrontamiento, reestructuración cognitiva, etc.). Se utilizará terapia individual, grupal y familiar.

Fase III. Normalización, cambio del estilo de vida anterior y búsqueda de nuevas metas alternativas a su conducta adictiva.

Objetivo básico: normalización en el sentido de ir adquiriendo más responsabilidades en el trabajo, en los estudios, en la familia, con los amigos, con la pareja, etc.; pago de las deudas; búsqueda de trabajo si no lo tiene, etc.

Procedimientos técnicos: planificación de metas y objetivos, entrenarlo en adquirir nuevas habilidades, entrenamiento en asertividad, programa psicoeducativo, entrenamiento en solución de problemas, etc.

Fase IV. Prevención de recaídas.

Objetivo básico: entrenarlo en técnicas de prevención de la recaída.

Procedimientos técnicos: técnicas de prevención de recaídas (por ejemplo, autoinstrucciones, entrenamiento en solución de problemas, etc.).

Fase V. Programa de mantenimiento o programa de apoyo a corto, medio y largo plazo.

Objetivo básico: entrenarlo en estrategias de mantenimiento de la abstinencia a largo plazo y en cómo mejorar su calidad de vida.

Procedimientos técnicos: entrenamiento en relajación, programación de actividades, procedimientos de manejo de estrés, etc.

Fase VI. Cuando sea necesario: programa de reducción de daños, programa de juego controlado, etc.

Objetivo básico: en el caso de la dependencia de la heroína reducir la prevalencia de VIH y mejorar los problemas causados por las drogas; en el juego patológico reducir la conducta de juego a un nivel donde no le acarree graves problemas.

Procedimientos técnicos: intervención mínima, programa psicoeducativo, educación para la salud y prácticas de seguridad ante la transmisión de enfermedades (VIH, hepatitis, etc.), técnica de control de estímulos, educación sobre el juego y las leyes de la probabilidad, educación a nivel familiar, laboral y de tiempo libre.

4. Seguimiento

Objetivo básico: conocer la evolución de la persona después del alta terapéutica.

Procedimientos técnicos: entrevista, autoinforme, etc.

En líneas generales el tratamiento de las drogodependencias tiene dos fases: la desintoxicación que generalmente es de tipo médico. Con él se pretenden conseguir que el paciente deje de consumir la droga sin padecer el síndrome de abstinencia. La deshabituación tiene como objetivo que el adicto se enfrente al problema con esperanza de éxito. Es un proceso multidimensional que aunque también intervienen los fármacos, el gran peso descansa sobre los tratamientos psicológicos.

A continuación vamos a abordar los tratamientos más usuales para las drogodependencias:

En primer lugar, hacemos una breve referencia a los tratamientos farmacológicos. En general, los fármacos se utilizan para paliar síntomas como la ansiedad de los estadios iniciales de los síndromes de abstinencia o como terapia aversiva como por ejemplo, el disulfiram para el alcoholismo o como sustitutivo de la droga principal como la metadona para los dependientes a la heroína o la administración de esta misma droga (heroína) de forma controlada, en las llamadas narcosalas.

Sin embargo, el tratamiento de fondo de la dependencia a drogas es mucho más amplio y complejo que la mera administración de fármacos. Así pues se hace preciso una referencia a los tratamientos psicológicos, que en última instancia son las herramientas terapéuticas a medio y largo plazo para esta patología.

No existe un modelo único. Abordaremos someramente aquellos más generales:

VI. Terapias cognitivo-conductuales²⁷

Representan la integración de los principios derivados de la teoría del comportamiento, la teoría del aprendizaje social y la terapia cognitiva. Entre las características, están:

- a. centrarse en el abordaje de los problemas actuales,
- b. establecer metas realistas y consensuadas con el paciente,
- c. buscar resultados rápidos para los problemas más urgentes,
- d. utilizar técnicas empíricamente contrastadas para incrementar la capacidad de los pacientes para manejar sus propios problemas.

Entre las técnicas cabe citar las siguientes:

²⁷ BECOÑA IGLESIAS E., CORTES TOMÁS M. (coord.) (2008) *Guía Clínica de Intervención psicológica en adicciones*. Socidrogalcohol. Disponible en: www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/GuiaClinicalntPsicologica.pdf

- Entrenamiento en habilidades de afrontamiento
- Prevención de recaídas
- Entrenamiento en manejo del estrés
- Entrenamiento en relajación
- Entrenamiento en habilidades sociales
- Entrenamiento en habilidades de comunicación
- Entrenamiento en habilidades para la vida
- Ejercicio aeróbico
- Biofeedback
- Entrenamiento en asertividad
- Entrenamiento en manejo de la ira.

VII. **Terapias analíticas y psicodinámicas**²⁸

Son terapias basadas en el psicoanálisis clásico, en la corriente analítica (breve o focal) y en la analítica de grupo.

Dentro de las más específicas enfocadas a las drogodependencias se citan:

- Terapia de Soporte Expresivo (Luborsky). Es un terapia breve que presta especial atención al papel que desempeñan las drogas con relación a los sentimientos y comportamiento problemáticos y como se pueden resolver los problemas sin recurrir a las drogas. Se ha utilizado sobre todo en pacientes en mantenimiento con metadona.
- Terapia Interpersonal, es también de tipo breve. Es poco estructurada y se centra en estrategias para detener el consumo y para mejorar el funcionamiento personal. Se ha utilizado en pacientes en mantenimiento con metadona y en pacientes que abusan de cocaína.

VIII. **Terapias centradas en la familia. Modelo sistémico**²⁹

Estos modelos intervienen no con el paciente individual sino con la familia. La familia es el escenario donde se representan las adicciones sobre todo en adolescentes y jóvenes. Hay varios modelos:

²⁸ BECOÑA IGLESIAS E., CORTES TOMÁS M. (coord.) (2008). *Ibidem*, pp. 87 y ss.

²⁹ BECOÑA IGLESIAS E., CORTES TOMÁS M. (coord.) (2008). *Ibidem*, pp. 73 y ss.

- Terapia Familiar Multidimensional. Considera que la conducta individual está contextualizada dentro de una red de interconexiones de sistemas sociales (familia, escuela, vecindario, pares, etc.). Se abordan cuestiones como el aprendizaje, toma de decisiones, desarrollo de habilidades para resolver problemas, etc. Se realizan intervenciones individuales y con los miembros de la familia.
- Terapia Familiar Breve Estratégica. El uso de drogas se considera como señal de un mal funcionamiento familiar. Además de las conductas adictivas, abordan los trastornos conductuales que pueden coexistir (conductas agresivas, delincuencia, etc.).
- Terapia Familiar Multisistémica. Dirigida a jóvenes violentos. Incluye técnicas procedentes de la terapia de conducta, del enfoque cognitivo-conductual dentro de un marco integrador y ecológico.
- Terapia Conductual Familiar y de Pareja. Se centra en el entrenamiento en habilidades de comunicación y en el incremento de la tasa de reforzamiento positivo en las relaciones familiares. Se utiliza en pacientes casados o en pareja.

IX. Terapias grupales³⁰

Existen muchos tipos de grupos según la orientación teórica: corte psicoanalítico, gestáltico, humanista, conductual, mixto, etc. No obstante, existen ciertas características o principios terapéuticos que suelen compartir:

- Cohesión: apoyo mutuo, aceptación de los otros...
- Proporcionar y compartir información
- Evaluación
- Autorevelación
- Aprendizaje por modelado
- Retroalimentación
- Principio de reforzamiento
- Expectativas de autoeficacia personal.

³⁰ ARAQUE SERRANO, F., DIAZ SALABER J. (2005). «Tratamientos psicológicos». En *Guía de practica clínica basada en la evidencia para el manejo de la adicción a opiáceos*, Junta de Andalucía, pp. 182-190. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/opencms/system/modules/com.opencms.presentacionCIBS/paginas/detalle.jsp?listar=true&tipoContenido=/Publicacion/§or=/Sector/Drogodependencia/&contenido=/Drogodependencia/Publicacion/GUIA_CLINICA_OPIACEOS

Otra reforma penal que también afecta a los delitos en materia de estupefacientes

Xabier Arana

Doctor en Derecho. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea: «Grupo de Investigación en Ciencias Criminológicas GICCAS»

*A Txus Congil,
con quien compartí, entre otras muchas cuestiones,
el nacimiento y arraigo del movimiento social en materia de drogas,
y la lucha por una política diferente, en clave de normalización.*

Las personas que venimos analizando, desde principios de la década de los años ochenta, la evolución de las políticas y legislaciones en materia de sustancias denominadas estupefacientes hemos sido testigos de numerosa producción normativa en la materia —tanto en el ámbito penal¹ como en el administrativo²—, todo ello en el marco de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) y en virtud de unos Convenios Internacionales³ ratificados por el Estado español.

Medio siglo de la Convención Única de Estupefacientes y cuatro décadas de la declaración de *guerra a las drogas*, por parte del que fuera

¹ Reforma de 25 de junio de 1983 (Ley Orgánica 8/1983), Reforma de 24 de marzo de 1988 (Ley Orgánica 1/1988), Reforma de 23 de diciembre de 1992 (Ley Orgánica 8/1992), nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995 (Ley Orgánica 10/1995), Reforma de 25 de noviembre de 2003 (Ley Orgánica 15/2003) y, más recientemente, Reforma de 22 de junio de 2010 (Ley Orgánica 5/2010).

² En febrero de 1992, se aprobó la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana donde, entre otras cuestiones, se consideran infracciones graves contra la seguridad ciudadana la tenencia ilícita (aunque no estuviera destinada al tráfico) de las denominadas drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, su consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos y, también la tolerancia del consumo ilegal en establecimientos públicos. Para una mayor profundización sobre estas cuestiones, ver Arana (2005).

³ Convención Única sobre estupefacientes (1961), Convención sobre sustancias psicotrópicas (1971) y Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988).

presidentes de Estados Unidos, Nixon, bien merecen una reflexión sobre las políticas de drogas, sus efectos en la legislación y, también, analizar la posibilidad de poner en práctica políticas alternativas en coherencia con los Derechos Humanos y con los principios del Estado social y democrático de Derecho.

I. Comentario a las diversas reformas en materia penal desde la entrada en vigor del actual Código penal

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Las conductas delictivas relacionadas con los delitos contra la salud pública del denominado por algunos sectores Código penal de la democracia, tuvieron su base en la Reforma de 24 de marzo de 1988 donde se «ofrece una extensa regulación especialmente condicionada por una Política criminal que en esta materia se mueve principalmente en clave represiva, ofreciendo escasas alternativas de carácter social o rehabilitador a la drogodependencia» (Muñoz Conde 2010:671). El tipo básico, recogido en el art. 368 Cp, señala las siguientes conductas a sancionar: ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o poseerlas con dichos fines. La expresión *o de cualquier otro modo*, vigente ya desde la Reforma de 1988, supone una ampliación desmesurada del tipo penal y constituye un ataque que «atenta frontalmente contra los principios, consagrados constitucionalmente, de legalidad y seguridad jurídica» (Díez Ripollés 1989:58).

Este tipo básico, podía ser incrementado por las cualificaciones de primer grado⁴ y las de segundo grado⁵. Con la entrada en vigor del actual Código penal, respecto a los delitos que venimos analizando, las penas de prisión aumentaron considerablemente en relación con el Código penal anterior. En el tipo básico, de uno a tres años para las sus-

⁴ Además de mantener las ya existentes, por medio del art. 369 Cp, se añade otras más: a) introducción o difusión de este tipo de sustancias en centros asistenciales; b) cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; c) si se utiliza a menores de dieciséis años para cometer este tipo de delitos.

⁵ Mantiene, según el art. 370 Cp, los mismos casos recogidos en el art. 369 Cp, cuando las conductas sean de *extrema gravedad* (expresión de fuerte carácter valorativo, muy criticada por la doctrina) o cuando se trate de jefes, administradores o encargados de organizaciones que tuvieren por finalidad difundir este tipo de sustancias ilegalizadas.

tancias que no causen grave daño a la salud y de tres a nueve años en caso de que causen grave daño a la salud. La pena fue incrementada considerablemente si tiene un agravante de primer grado (de tres años a cuatro años y medio, en sustancias que no causen grave daño a la salud y de nueve a trece años, en los demás casos). En los supuestos de agravantes de segundo grado, la pena podía llegar a superar, en caso de drogas que causen grave daño a la salud, los veinte años. Si al aumento de las penas de prisión por este tipo de delitos, le añadimos la imposibilidad de disminuir el tiempo de cumplimiento de prisión efectiva como se venía realizando con el Código penal anterior (bien a través de redenciones de pena por trabajo o por otro tipo de beneficios penitenciarios [Muñagorri 1996:105-108]), se observa con claridad la «ratificación del impulso represivo» de la política criminal sobre el tráfico ilícito de estas sustancias (Valle Muñiz, Fernández Palma 1996:1013).

Entre las novedades del Código penal de 1995 se encontraban las pautas utilizadas para establecer la pena de multa que aparece recogido en el art. 377 Cp. A diferencia del Código penal anterior, donde los límites del importe de multa estaban detallados por ley, con esta reforma, según sea el tipo (básico, agravación de primer grado, agravación de segundo grado), el valor final del producto podría multiplicarse desde el doble hasta seis veces más⁶. Se puede llegar a unas cantidades desproporcionadas, sobre todo, si tenemos en cuenta que la pena de multa se puede aplicar conjuntamente con la pena de comiso.

Una de las novedades del Código penal actual es la creación de la eximente por intoxicación o síndrome de abstinencia tanto de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como de bebidas alcohólicas en el momento de cometer la infracción (eximente completa: art. 20.2 Código penal⁷, o incompleta: art. 21.1.^a) y la atenuante de grave adicción (art. 21.2.^a Código penal)⁸.

⁶ Con la reforma del año 2003, las multas podrían llegar al cuadruplo.

⁷ Según el art. 20.2 Cp, «está exento de responsabilidad penal, el que a tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia a tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

⁸ En virtud del art. 21.1 y 2, son circunstancias atenuantes: «1.^a Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.^a La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior».

Igualmente se encuentra entre las novedades del presente Código penal, la atenuación por delación (art. 376 Cp), ya introducida anteriormente para los delitos de terrorismo. El Código penal vigente confirma que la respuesta administrada a ambos delitos es bastante parecida, no solamente respecto a la delación sino al desmesurado espectro de conductas que se incluyen en cada uno de los tipos penales, la extrema dureza de la penalidad soportada, y también por las excepcionales ventajas de las que pueden llegar a gozar. El art. 376 Cp permite al tribunal imponer la pena inferior en uno o dos grados en delitos contra la salud pública cuando la persona, además de confesar a las autoridades la infracción, colabora con la policía para impedir la comisión de un delito o descubre los autores de un delito. En estas condiciones no es de extrañar que Valle Muñiz, Fernández Palma (1996:1033), concluyan que la atenuación por delación «ni es tan privilegiado, ni de tan 'fácil' acceso».

Para hacer frente al denominado blanqueo de dinero procedente del tráfico ilícito de drogas, en el art. 374 Cp, se contempla el comiso de cualquier tipo de bien que haya servido de instrumento en la comisión de delitos relacionados con este tipo de tráfico ilegal, siempre y cuando no pertenezcan a un tercero de buena fe.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión para personas drogodependientes está presente por medio del art. 87 Cp. El art. 87 Cp actual permitía suspender la ejecución de las penas no superiores a tres años (en la actualidad, tras la reforma de 2003, se ha ampliado a cinco años), siempre que se certificara suficientemente que la persona condenada se encontrara deshabitada o sometida a tratamiento. La reincidencia o existencia de antecedentes penales no limita la aplicación de este artículo.

La introducción de medidas de seguridad aplicables a las personas a las que se les aplica el art. 20.2 Cp es considerada otra de las novedades del Código penal, junto a la posible aplicación de las mismas en los supuestos de eximente incompleta (art. 104 Cp). El art. 102 Cp prevé para estos casos la medida de internamiento en un centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado. El tiempo de internamiento en ningún caso superará el tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad. En el art. 103 se da la potestad al juez o tribunal, durante la ejecución de la sentencia, de decretar el cese de cualquier medida de seguridad, de sustituir una medida por otra o de dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido.

2. *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*

En la sesión del 29 de mayo de 2003 cuando se debatieron las enmiendas a la totalidad de devolución de la reforma del Código penal, entre otras cuestiones, se recoge (Magro Servet 2004:15-16): «una apuesta clara y decidida por dar una oportunidad a la rehabilitación del toxicómano que de manera responsable pueda sustituir una condena de prisión por un plan de rehabilitación y de desintoxicación» y, en palabras del ministro de Justicia, al hacer referencia al tráfico ilícito de este tipo de sustancias señalaba: «es evidente que, en consonancia con lo que reclama la Unión Europea, no podemos dejar de poner nuestro Código Penal a la altura de las nuevas decisiones en el ámbito de la Unión Europea, tanto cuando se utilizan sociedades como tapadera para la realización de delitos como cuando se está incurriendo en la reincidencia, en la habitualidad, en el delito de narcotráfico». Como puede observarse, estas dos cuestiones —alternativas a la prisión para personas drogodependientes, y la incorporación de las exigencias de la Unión Europea— son una referencia constante desde la Reforma de 1988.

Esta Reforma, Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no modifica el art. 368 Código penal, en cambio, sí modifica los arts. 87 (ampliación hasta cinco años de la posibilidad de suspender la ejecución de las penas en personas drogodependientes que hayan cometido delitos), 369 y 370 Cp.

En el caso del art. 369 Cp, se agregaron dos circunstancias más: por un lado, el n.º 9 del art. 369.1 Cp, referido al empleo de violencia o de exhibir o usar armas para cometer este tipo de delitos; por otro, en virtud del n.º 10, se prohíbe introducir o sacar ilegalmente este tipo de sustancias de España, o el favorecer dichos actos. Mediante el segundo apartado de este mismo art., se prevé, para los supuestos comprendidos en las circunstancias 2.^a (pertener a organización o asociación con finalidad de difundir tales sustancias o productos, aunque sea de modo ocasional), 3.^a (participar en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito), y 4.^a (los hechos fueran realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos) del apartado anterior «la posibilidad de imponer a la organización, asociación o al titular del establecimiento una multa del tanto al triple del valor de la droga, el comiso y alguna consecuencia accesorias, incluida la pérdida de beneficios fiscales o de la seguridad social» (Muñoz Conde 2009:622).

Respecto a las modificaciones realizadas en la cualificación especial del art. 370 Cp —donde se posibilita el aumento de las penas del

art. 368 Cp en uno o dos grados—, estas pueden sintetizarse en: a) utilización de menores de edad, o de disminuidos psíquicos para la comisión de este tipo de delitos⁹; b) ser jefe, administrador o encargado de las organizaciones a las que se refieren las circunstancias 2.^a (pertenecer a organización o asociación con finalidad de difundir tales sustancias o productos, aunque sea de modo ocasional) y 3.^a (participar en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito) del art. 369.1 Cp; c) cuando las conductas descritas en el art. 368 Cp, fueran de *extrema gravedad*. A juicio de Orts (2008:576) «gracias a la ley orgánica 15/2003, se han concretado los supuestos de extrema gravedad, pero no del todo, pues en particular el referido a que la cantidad de droga ‘excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia’, adolece de una agravada, podríamos decir, falta de determinación, pues si ya es indeterminada la notoria importancia para fundar la agravación del art. 369.6.^a, mucho más lo es la del 370, que requiere la previa fijación de la ‘notoria importancia’, para sobre ella construir el exceso notable».

Aunque esta «reforma del año 2003 ‘mejora técnicamente’ lo relacionado con este tipo de delitos, al modificar su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso» (Morant 2005:70), conviene no perder de vista, como recoge Subijana (2004:66), que «la Ley Orgánica 15/2003 ratifica la línea político-criminal partidaria de la criminalización del contexto criminógeno que fluye en torno al narcotráfico. Puede sostenerse, por lo tanto, que constituye una continuación de los paradigmas jurídico penales introducidos por la reforma operada con la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, corroborados por la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, y consolidados en el Código Penal de 1995».

3. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se ha modificado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y, una vez más, los cambios han afectado a los delitos contra el tráfico

⁹ Con anterioridad a la reforma del 2003, la utilización de menores —hasta 16 años— era considerada una agravante de primer grado, en el antiguo art. 369 Cp.

ilícito de drogas. Esta Reforma no sólo abarca al art. 368 Cp, sino también se experimentan modificaciones en el art. 369 Cp (se suprimen las circunstancias 2.^a y 10.^a del apartado 1, se suprime el apartado 2, y se añade el art. 369 bis) y en el art. 370 Cp (se modifica el ordinal 2.^o y el párrafo segundo del ordinal 3.^o).

En el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, se reconoce que «se producen algunos reajustes en materia de penas de conformidad con las normas internacionales», concretamente, a la *Decisión Marco 2004/757/JAI*, del Consejo de 25 de octubre de 2004, referente al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas. Por tanto, la *Decisión Marco* ha servido para reforzar «el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas». De igual modo, se señala que la posibilidad de reducción de la pena por medio del nuevo párrafo que se le ha añadido al art. 368 Cp, fue una propuesta recogida por «el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005».

En primer lugar, las modificaciones continúan ancladas en la política prohibicionista, es decir, la consideración de delito y su amplitud, sigue como hasta la reforma, es decir, ejecutar «actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines». Por tanto, las críticas anteriores tienen plena vigencia. Segundo, se observa un cambio significativo en la sanción que reciben cuando se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, entre un mínimo de 3 años a un máximo de 6 años¹⁰. Tercero, se le añade un párrafo nuevo, en virtud del cual, se posibilita a los Tribunales imponer la pena inferior en grado, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, siempre que no concurren las circunstancias del art. 369 bis Cp o del art. 370 Cp. Cuestión esta que «era ya una práctica a la que habían recurrido los Tribunales de Justicia para atemperar (...) las penas excesivas» consecuencia de la legislación anteriormente vigente en supuestos de tráfico a pequeña escala de drogas que se consideran pueden causar grave daño a la salud (Muñoz Conde 2010:679).

¹⁰ Hasta esta reforma, el mínimo coincidía (3 años), pero el máximo se ampliaba hasta los 9 años.

Navarro (2010:311-312) enmarca estos cambios dentro de «la tendencia del legislador a mejorar la proporcionalidad de las penas y aumentar el arbitrio judicial», cuestión esta última que, aunque es puesta en duda por Pedreira (2010:420-421) «pueda resultar discutible el carácter facultativo de esta atenuación», porque las circunstancias discrecionales dan pie al fomento de la desigualdad; este último autor lo valora positivamente porque ya no se contempla como una facultad excepcional y da pie a que aumenten las posibilidades para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, previstas en los arts. 80 y siguientes Cp. Un claro ejemplo de lo aquí señalado es la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo 32/2011, de 25 de enero (Ponente Carlos Granados) donde se señala: «Así las cosas, nos encontramos con un vendedor de papelinas, que constituye el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padeciendo drogodependencia por su adicción a tales sustancias, y a supuestos como el presente pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menor intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo que determinará una reducción de pena, considerándose adecuada una pena privativa de libertad de un año y siete meses de prisión, que facilitará la aplicación de los artículos 81, 83 y 87 del mismo texto legal».

Otros aspectos a resaltar de esta última Reforma son las modificaciones experimentadas mediante el nuevo art. 369 bis Cp. (agravaciones concretas, por un lado, a quien pertenezca y ostente la jefatura de una organización delictiva y, por otro lado, la responsabilidad penal de personas jurídicas en relación con este tipo de delitos), el art. 370.2 Cp. y la inclusión del concepto de embarcación entre las conductas de extrema gravedad recogidas en el art. 370.3 Cp.

II. **La relación tensional entre los principios inspiradores del Estado social y democrático de Derecho, y las exigencias derivadas de los Convenios Internacionales**

1. *Principios del Estado social y democrático de Derecho relacionados con la aplicación material de las normas*

Esta cuestión no es baladí, sobre todo, si tenemos en cuenta que el Estado social y democrático de Derecho, aunque generalmente «no

aparece como un sistema definido y estable», en él «está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por profundizar por ello mismo los derechos humanos y fundamentales, por legitimar la acción del Estado sólo desde una base democrática participativa» (Bustos 1989:43), es decir, como recoge este autor, tiene la virtud de reconocer «el rol garantista¹¹ del derecho». Desde esta perspectiva, «el reto que se debe poner hoy al derecho penal de los estados democráticos es el de ser coherentes con sus principios garantistas» (Baratta 1991:55).

Entre las personas que han profundizado en las consecuencias que tiene el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, Mir (1994:33-42) reconoce que «supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia formal» capaz, no solo de «servir a la mayoría sino también (de) respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social». En este contexto, el Derecho penal «sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente necesario para proteger a los ciudadanos». Otro autor (Hormazábal 1991:143-144), ha señalado cómo «el Derecho penal no está en condiciones en una sociedad democrática de dar una protección amplia. Puede compartir con otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos, pero por su carácter de ultima ratio el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves» y, por tanto, constata la posibilidad de dar protecciones jurídicas más amplias por medio de otras ramas del derecho.

Para Bustos (1989:34-35), la función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho «no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal, implica la protección de bienes jurídicos que ha fijado; en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado (por eso el delito en cuanto ataque a esos bienes jurídicos, es siempre cuestión de definición política)». Este autor enmarca la cuestión del delito y de la persona responsable (delincuente) «como esencialmente político» donde todo el Estado es corresponsable por fijar —mediante la determinación de los bienes jurídicos a proteger— el

¹¹ Entendemos por garantismo, «el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados» (Ferrajoli 2008:62).

delito y, de esa manera, «ha de establecer las condiciones necesarias para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto».

Los principios que a continuación se enumeran están relacionados con la aplicación material de las normas y, por tanto, se convierten en un referente y en una guía para su puesta en práctica. A juicio de González Zorrilla (1991:164), la «protección penal en un Estado democrático de derecho», se tiene que basar, por lo menos, en tres principios fundamentales: principio de legalidad, principio de intervención mínima y principio de proporcionalidad.

El *principio de legalidad*, «se fundamenta en los principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado» (Bustos 1989:59-62) y abarca básicamente tres cuestiones: *nulla poena sine lege scripta* (los delitos y las penas sólo pueden crearse por ley), *nulla poena sine lege stricta* (implica exigencia de taxatividad, la ley penal debe ser estricta o cierta), *nulla poena sine lege previa* (irretroactividad de la ley).

En el ámbito de los delitos contra la salud pública, Boix Reig (2000:390-392) afirma que «el principio de legalidad se resiente claramente con la regulación que estudiamos, generando márgenes de inseguridad jurídica no soportables en un Estado de Derecho» y señala concretamente tres aspectos: la incriminación abierta del art. 368 Cp¹² «o de otro modo favorezcan o faciliten», el concepto de droga tóxica no es definido en términos típicos, y finalmente, la existencia de tipos agravados de contenido valorativo (notoria importancia). El autor muestra su preocupación y las repercusiones que puede tener este último aspecto: «en todo caso, la posibilidad de recorrer tres grados de penas confiando en la labor judicial de integración de elementos típicos valorativos, es cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad».

Principio de intervención mínima: El poder punitivo de un Estado social y democrático de Derecho, «debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*» (Muñoz Conde, García Arán 2010:74). En virtud de este principio es de desear que «el legislador sólo utilice el Derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. Pero esto es un desideratum que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener

¹² En la misma línea Laurenzo (1995:12), porque el principio de legalidad «exige que la ley penal se abstenga de describir las conductas prohibidas mediante términos absolutamente vagos y difusos que en la práctica sólo adquieren sustantividad cuando su contenido es definido por los jueces».

presente siempre una actitud crítica tanto frente a bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente» (Muñoz Conde 1991:56). Según Ferrajoli (1995:104), el Derecho penal mínimo, «condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos».

Cuando se hace referencia a la legislación en materia de tráfico ilícito de este tipo de sustancias¹³, la frecuente alusión «al escrupuloso respecto al principio de intervención mínima» (Díez Ripollés 1987:375) contrasta seriamente con las características de la legislación vigente, y de su aplicación. Un análisis de las sentencias relacionadas con el tráfico ilícito de cannabis en la Audiencia Provincial de San Sebastián, durante la década de los años ochenta, puso en evidencia que en más de uno de cada cuatro casos (28,3%) las personas juzgadas por este tipo de delitos fueron absueltas (unas veces, por estimar el Tribunal que la cantidad de sustancia aprehendida era para propio consumo y, otras veces, por falta de pruebas) y, en más de la mitad de los casos (55,9%), fueron condenadas a las penas llamadas cortas (25,7% arresto mayor y 30,2% prisión menor en grado mínimo) (Arana 1996). La absolución de más de uno de cada cuatro casos —donde se dieron casos de prisión preventiva— evidencia un uso abusivo y dependiente del Derecho penal y de la prisión preventiva —o «prisión sin condena» como la denomina Andrés Ibáñez (1996:13)—, para los delitos relacionados con la salud pública, en clara contradicción con un Derecho penal garantista propio de un Estado social y democrático de Derecho.

El *Principio de proporcionalidad*, puede sintetizarse en tres requisitos exigidos para que la punición sea legítima en el ámbito constitucional (Vives Antón 1986): obligatoriedad de proteger los bienes jurídicos constitucionalmente legítimos, necesidad de hacerlo de manera adecuada para protegerlos de manera efectiva y, debe existir, en sentido estricto, proporción con el mal que la infracción contiene. Un sector significativo de la doctrina —y también del ámbito judicial— han señalado claramente los quebrantamientos del *principio de proporcionalidad*.

¹³ Casas (1988:68) al referirse al Proyecto de Ley de la Reforma del art. 344 del Cp de 1988, lo calificaba de «texto razonable» porque, entre otras cuestiones, «respeto el principio de intervención mínima, al situar dentro del ámbito de lo penalmente relevante sólo aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos susceptibles de tutela penal».

idad tanto en la Reforma de 1988¹⁴, como con la entrada en vigor del Código penal actual¹⁵.

Al resguardo de la actual situación internacional, a juicio de Muñoz Conde (2005:168-169), «se está legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho». Este autor, advierte del peligro existente «de generalizarse y de convertirse en la regla que inspire la actuación de los órganos encargados en la aplicación del Derecho penal (policías, jueces), provocando también un proceso de ‘fascistización’ social de las masas, más propio de dictaduras que de democracias participativas y respetuosa con las minorías, con la discrepancia pacífica y el legítimo pluralismo de todas las culturas e ideologías que respeten el marco básico de los derechos fundamentales». En este contexto, conviene recordar, como reconoce Soto Nieto (1992:124-125) que el *principio de proporcionalidad* «compete en primer término al legislador» y, en segundo lugar, a «los Jueces y Tribunales»¹⁶, y

¹⁴ Laurenzo (1995:12-15) ha puesto de manifiesto el «serio revés» sufrido por el principio de proporcionalidad tras la reforma de 1988 en ámbitos tan diferentes como los actos preparatorios, el comiso, la multa y la graduación de la pena. Este último aspecto también ha sido criticado, entre otros, por De la Cuesta (1989:233) el aumento de las penas previstas suponen una «grave violación del principio de proporcionalidad», por Quintero Olivares (1993:64) «llegando a extremos punitivos que ponen en entredicho el respeto al principio de proporcionalidad», y por Díez Ripollés (1989:100-101) «participo de la opinión de la generalidad de la doctrina que estima que el extraordinario endurecimiento registrado viola claramente el principio de proporcionalidad de las sanciones penales, al poderse imponer por ejemplo penas de prisión superiores a las del delito de homicidio, algo fuera de lugar para lo que se considera como un delito de peligro abstracto para la salud pública».

¹⁵ Donde «sigue vigente (...) la difícil convivencia del diseño del tipo básico del delito de tráfico de drogas con las exigencias de la vigencia de los principios de taxatividad, ofensividad y proporcionalidad» (Subijana 2004:66-67). Más recientemente Gimbernat (2009:211-212), tras poner dos ejemplos donde las penas pueden superar los nueve años de prisión —madre que entrega a su hijo drogadicto que se encuentra en prisión una cantidad de sustancias estupefaciente valorada en 72 euros, o *mula* latinoamericana que para intentar salir de su mísera situación económica, mediante la introducción en el Estado español de un kilo de cocaína que lleva en su estómago—, sostiene que las «disparatadas penas previstas en el CP obedecen a que, en la lucha contra el tráfico de drogas, el legislador no ha sabido y no ha querido distinguir, a la hora de establecer las penas —porque la presión mediática no toleraba ninguna clase de matización—, entre las conductas que se llevan a cabo por los responsables de la criminalidad organizada y las de simple menudeo».

¹⁶ En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1997, donde se recoge que el principio de proporcionalidad «no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la ley» (Boix Reig 2000:392-395).

por tanto, debe ser uno de los referentes fundamentales a la hora de elaborar leyes y de aplicarlas.

Otros principios reconocidos por el texto constitucional y recogidos por la doctrina son: principio de presunción de inocencia, principio de igualdad, y principio de reinserción.

Principio de presunción de inocencia: recogido en el art. 24.2 CE, juega un «papel central en la epistemología judicial, en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje del sistema» (Andrés Ibáñez 1992:134). Este derecho fundamental, «reconocido en los más caracterizados Tratados Internacionales (...), ha sido objeto de una elaboración significativa tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo (Choclán 2004:627-629).

Principio de igualdad: reconocido en el art. 14 CE, no es nada sencillo aplicarlo en el día a día, sobre todo, en una situación, caracterizada por «la contradicción política entre principio de igualdad y distribución desigual» (Pavarini 1983:1983). Desde la *Criminología Crítica*, al analizar el proceso de criminalización, se ha puesto de manifiesto cómo en el Derecho penal, desde la perspectiva de sistema dinámico de funciones, se distinguen tres mecanismos capaces de analizarse por separado: la producción de las normas (criminalización primaria), la aplicación de las normas (criminalización secundaria), y la ejecución de las penas o las medidas de seguridad. Un análisis teórico y gran cantidad de investigaciones empíricas sobre este proceso, analizado en su conjunto o en cada uno de los mecanismos señalados, han evidenciado «la negación radical del mito del derecho penal como un derecho igual» (Baratta 1989:167-169).

En relación con los delitos del tráfico ilícito de este tipo de sustancias, el *principio de igualdad* también ha afectado a cuestiones como la discriminación de trato hacia personas que son drogodependientes de quienes no lo son¹⁷, la pena de multa¹⁸, la delación¹⁹, y la legislación

¹⁷ A juicio de González Zorrilla (1990:16), aunque la ley consagre la remisión condicional —recogida en el art. 93 bis del Cp antiguo—, «además de violar materialmente el principio constitucional de la igualdad ante la ley, estaría contribuyendo a agravar las condiciones sociales de los más débiles».

¹⁸ Laurenzo (1995:14) critica a la legislación en materia de drogas porque con la excusa de luchar duramente contra el llamado narcotráfico, «no establece las diferenciaciones de tratamiento que serían de exigir en un ordenamiento respetuoso del principio de igualdad, una de cuyas manifestaciones reside, precisamente, en la necesidad de no tratar como iguales a quienes están muy lejos de serlo». Por ello, discrepa del sistema de cuantías de las penas de multa en este tipo de delitos.

¹⁹ A Laurenzo (1995:15) le preocupaba «desde el punto de vista del principio de igualdad, (...) la amenaza que pende de la legislación española de extender la figura del 'arrepentido', hoy vigente para delitos de terrorismo al ámbito del tráfico de drogas». Actualmente, la delación aparece recogida en el art. 376 Cp.

en materia de contrabando²⁰, cuestión ésta última ya superada tras la Reforma de 2010. La práctica demuestra —ya desde la década de los años ochenta— que la aplicación de la legislación en materia de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dentro de un sistema que pretende proteger a las potenciales personas consumidoras frente al gran tráfico, «acaba por aplicarse de manera selectiva y discriminatoria [contraria al principio de igualdad], afectando sobre todo a los propios drogodependientes o a los pequeños traficantes y no a las grandes organizaciones mafiosas»²¹.

Principio de reinserción: el art. 25.2 CE señala expresamente que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. Diversos autores han puesto de manifiesto las dificultades de llevar a cabo este mandato constitucional en una situación de exclusión y con la actual realidad penitenciaria. Baratta (1989) reconoce que «no se puede excluir e incluir al mismo tiempo», sobre todo, donde existen grandes diferencias entre la «cárcel legal» y la «cárcel real», «entre la legalidad penitenciaria y la realidad sufrida» por personas que están en prisión (Muñagorri 2000:16-17). Un breve acercamiento al día a día de las prisiones²², el alto grado de hacinamiento presente²³, la desproporción existente entre la tasa de criminalidad —menor que la media europea— y la tasa de personas presas —de las mayores de Europa, con 157 por cada 100.000 habitantes—, el tipo de delitos por los que se está en prisión²⁴,

²⁰ A finales de la década de los años ochenta, De la Cuesta (1989:229) criticaba los diferentes criterios empleados entre las diversas Audiencias de cara a la cuestión concursal. Pese a la correspondiente Consulta y Circular de la Fiscalía General del Estado «no se ha alcanzado en los Tribunales una solución unitaria de este importante problema. Una situación tal de inseguridad, gravemente atentatoria al principio de igualdad y de seguridad jurídica» requeriría una intervención clarificadora por parte del poder legislativo.

²¹ AA.VV. (1989): *Repensar las drogas...*, p. 62.

²² Los datos que a continuación se aportan se han recogido del Grupo «Otro Derecho penal es posible», concretamente, del documento «Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal». Para una mayor profundización, ver: www.otroderechopenal.aldeasocial.org

²³ En menos de 30 años, desde el año 1980 hasta el 2009, se ha cuadruplicado la población penitenciaria española, al pasar de 18.583 personas a 76.771 (noviembre de 2009). A juicio de MIR (1994:148), «en realidad, en España se hace muy poco para conseguir la reinserción postulada por la Constitución. Ni siquiera se intenta seriamente una mejora de los establecimientos penitenciarios para paliar los efectos desocializadores del hacinamiento».

²⁴ Según datos de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias recogidas por el Grupo «Otro Derecho penal es posible», en la tipología de hombres que están cumpliendo pena de prisión (no se tiene en cuenta a los preventivos) según el Código penal

la dureza de la convivencia interna²⁵, y el tipo de personas encarcelada²⁶, evidencia las serias dificultades para la puesta en práctica de este principio y «obliga a concluir que el sistema penal y penitenciario actuales fomentan la estigmatización y desocialización del condenado» (Quintero Olivares 2000:102).

2. *Estado social y democrático de Derecho y bien jurídico en materia de estupefacientes*

A juicio de Bustos (1989:34) en un Estado social y democrático de Derecho, la «función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal, implica la protección de bienes jurídicos que ha fijado; (...) El Estado democrático se autoconstata en su propio sistema, luego en el conjunto de bienes jurídicos que lo integran; la protección de bienes jurídicos es la fuente de legitimación (y además génesis de la constatación). Por lo tanto, el punto central de revisión crítica, de juego dialéctico, reside en los bienes jurídicos; un Estado democrático implica necesariamente la participación de todos en los bienes jurídicos y por tanto en su rediscusión constante, en su revisión crítica, con lo cual se pone en revisión la legitimación, la propia autoconstatación y las fuentes de su generación». En el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, Mir (1994:161) cree que «no es inútil reclamar un concepto político criminal de bien jurídico que los distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho. Bustos (1989:155) define el bien jurídico como una «fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica»

Un repaso a las aportaciones que ha realizado la doctrina en búsqueda del bien jurídico protegido en los delitos contra el tráfico ilícito

vigente, aproximadamente dos de cada tres (66%) los están por delitos contra el patrimonio (39,90%) y por delitos contra la salud pública (26,10%).

En el caso de las mujeres, algo más de cuatro de cada cinco (80,94%), lo está por delitos contra el patrimonio (32,77%) y por delitos contra la salud pública (48,17%).

²⁵ En el año 2008 la muerte por suicidio en prisión descendió pero, por el contrario, aumentaron las muertes naturales por sida y hubo un repunte de las muertes por sobredosis, cuestión que evidencia la necesidad de seguir con programas concretos para conseguir la correspondiente rehabilitación.

²⁶ Se observa una clara relación entre exclusión social y control penal: un sector de las personas más vulnerables de la sociedad, tiene un mayor riesgo de acabar en prisión. Actualmente casi 10.000 personas que están en prisión tienen antecedentes psiquiátricos.

de drogas puede sintetizarse en²⁷: a) la salud (según lo recogido en el Código penal, en la ley 17/67 sobre estupefacientes y en el Preámbulo del Convenio Único de 1961); b); la libertad (en la pérdida de libertad); c) intereses fiscales (al relacionarlo con la Ley de Contrabando de 1982); d) moral o integración social (la prohibición obedeció, por lo menos en un primer momento, no a la protección de la salud o de la libertad, sino al rechazo de un estilo de vida diferente al imperante en la sociedad²⁸); e) seguridad colectiva (se incrimina el tráfico porque su consumo y uso abusivo pueden crear situaciones de riesgo para la comunidad); f) intereses económicos (sobre todo los ocultos, consecuencia del tráfico ilícito); g) diversos bienes jurídicos (delito pluriofensivo, suma de varios de ellos: salud individual, salud colectiva, etc.); h) ausencia de bien jurídico (es un conjunto de cuestiones político-criminales las que llevan al legislador a criminalizar el tráfico ilícito, sin tener una singular entidad para ser el específico del bien jurídico).

Joshi (1999:39-41), llega a la conclusión, como la mayoría de la doctrina, que el bien jurídico protegido es «la salud pública en sentido jurídico», es decir, «se trata de un concepto jurídico de salud pública». También afirma que «la protección penal de bienes jurídicos debe respetar los principios de fragmentariedad, insignificancia, adecuación social, proporcionalidad y última ratio». En la segunda mitad de los años ochenta, Díez Ripollés (1987:391) aun reconociendo que «la opinión más extendida [era] que se protege especialmente la salud pública», se mostraba a favor de su reconsideración.

Bustos (1990:95-98) tras señalar que «el único bien jurídico autónomo que se puede encontrar en estos delitos de drogas es el de la salud pública», se pregunta «si realmente se puede justificar que está protegiendo la salud pública». De entrada, reconoce que la justificación es al menos contradictoria y concluye que «no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege frente a toda droga la salud pública y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario, aquellas permitidas». A juicio de este autor «el consumo de droga entre adultos no se

²⁷ Para una mayor profundización en la cuestión ver: Prieto Rodríguez (1986) y Joshi (1999).

²⁸ Desde esta perspectiva Prieto Rodríguez (1986:170) opina que «cabe preguntarse, por ello, si lo que realmente se protege con la incriminación del tráfico de drogas —en especial el referido a sustancias de muy leves consecuencias lesivas— es la moral social impuesta —despreciadora de unas drogas y vinculada a otras— convirtiendo en pretendida moral pública (bien jurídico) la de la clase social dominante».

puede prohibir (...) [por tanto] si el consumo no puede prohibirse, tampoco lógicamente se puede prohibir su venta (sería un contrasentido)» (Bustos 1986:277-278).

Últimamente, sobre todo a raíz de la decisión del Pleno no jurisprudencial del 3 de febrero de 2005, desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo se sostiene que «el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud ‘pública’ no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de las personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población» (Rodríguez Ramos 2009:1125-1126). Otras sentencias del Tribunal Supremo hacen referencia a que «el legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición»²⁹.

Aunque, como recoge Fernández Pantoja (2008:283-286) «estamos asistiendo, efectivamente, al replanteamiento y reformulación del bien jurídico protegido en estos delitos y que, como todo indica, se va dirigiendo más hacia la protección de valores individuales que pretenden combinarse, a duras penas, con lo que una tutela de bienes jurídicos de carácter colectivo implica»; es altamente significativo que el Tribunal Supremo reconozca que el *objeto de protección* señalado por el legislador es *especialmente inconcreto* y que ha sido el legislador quien *ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición*. Existen claras contradicciones entre los valores y principios constitucionales —de rango superior y que son la base para interpretar el resto de las normas— y las exigencias derivadas de los Convenios Internacionales firmados por el Estado español sobre este tipo de sustancias. Quizá en estas paradojas podamos encontrar una parte sustancial de la explicación del por qué el legislador es *especialmente inconcreto* en el objeto a proteger y, del mismo modo, por qué *ha entendido que el consumo ilegal es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico, y ha acordada su prohibición*: por la antinomia existente entre los derechos y libertades que reconoce la Constitución, y los compromisos adquiridos en los Convenios Internacionales.

²⁹ Sentencia del TS 1/2005, de 17 de junio (Granados 2007:21-25).

3. *Las exigencias de los Convenios Internacionales*

Un análisis histórico del surgimiento y consolidación de la política prohibicionista en materia de sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicos, evidencia su asentamiento sobre unos pilares extremadamente frágiles y endeble, en virtud de los conocimientos actuales: nos encontramos ante un *localismo*³⁰ —la doctrina puritana en materia de drogas reinante en Estados Unidos, a finales del siglo XIX— *globalizado* —en la medida que Estados Unidos consigue una influencia determinante en el ámbito mundial, sobre todo tras la II Guerra Mundial, con una preponderancia taxativa en Naciones Unidas y en los organismos creados en su seno— (Romaní 1999).

Al releer el Preámbulo de la Convención Única sobre estupefacientes, se aprecia un planteamiento claramente dicotómico —*uso médico* frente a *uso indebido, toxicomanía,...*— ante un fenómeno caracterizado por una amplia gama de matizaciones. Desde hace siglos se realizan usos terapéuticos —donde se incluye el uso médico, pero que no lo abarca en su totalidad— de derivados de cannabis, opiáceos y hoja de coca, que han contribuido a mitigar dolores en millones de personas y se han visto fuertemente restringidos, al no estar controlados por la industria farmacéutica o por determinadas corporaciones médicas. De igual modo, es sorprendente las diferentes varas de medir empleadas frente a la preocupación por la toxicomanía: cuando se trata de sustancias denominadas estupefacientes, estos Convenios «conscientes de su obligación de prevenir y combatir ese mal», optan fundamentalmente por la represión penal, incluso para las personas consumidoras. Sin embargo, para afrontar otras toxicomanías a las que se les atribuyen millones de muertes anuales (tabaco, alcohol y fármacos), sustancias estas no solo no prohibidas sino permitidas —cuanto no potenciadas (mediante publicidad, promoción y patrocinios, tanto por empresas privadas como por instituciones públicas)—, desde Naciones Unidas se opta fundamentalmente por la no sanción de las personas consumidoras, por la prevención, por la asistencia y por la inserción.

Con la mención en el Preámbulo del Convenio sobre estupefacientes de 1961 a la preocupación por la salud física —e incluso moral— de la humanidad, se realiza una amalgama entre el discurso médico y el discurso moralizador que ha caracterizado y condicionado las políticas en materia de drogas a lo largo del siglo pasado. Bajo la aparente preo-

³⁰ Santos (1998:57) define el *localismo globalizado* como un «proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito».

cupación por la salud física y moral de la humanidad, y por las repercusiones políticas, económicas y culturales del tráfico ilícito de estas sustancias, las bases de la política criminal prohibicionista —plasmadas en estos Convenios— ocultan una concepción etnocéntrica del fenómeno social de las drogas, donde no se tiene suficientemente en cuenta otras realidades culturales, otros estilos de vida, e incluso, otras opciones políticas, económicas y sociales de afrontar este fenómeno.

La terminología empleada en los diversos Convenios relacionados con este tipo de sustancias —*salud física y moral, estupefaciente, uso indebido,...*— tan ambigua como acientífica, ha generado su propio lenguaje que ha sido introducido y —sobre todo— reproducido, no solo en las legislaciones de los Estados parte, sino también en los discursos médicos, sociales y políticos, de la inmensa mayoría de las personas partidarias de las políticas prohibicionistas, e, incluso, ha llegado a influir en algunos sectores de quienes son partidarias de otros discursos diferentes al prohibicionista.

La criminalización de todo el ciclo relacionado con las sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicas, donde resulta especialmente preocupante la sanción —incluso para el consumo— de estas sustancias, es una opción de política criminal abocada al fracaso porque el Derecho penal no dispone ni de capacidad ni de medios para dar respuesta a una realidad tan compleja como esta. Es más, la excesiva utilización del Derecho penal tiene efectos perversos, sobre todo, en las personas más vulnerables personal y socialmente, y también, para el propio Derecho penal garantista.

En base a una pretendida mayor eficacia, se observa que los Convenios Internacionales han influenciado decisivamente para producir cambios importantes en el Derecho penal y Derecho procesal de los Estados miembros. La penalización prácticamente absoluta (participación, tentativa y actos preparatorios, son considerados parte integrante del tipo penal), la posibilidad de aplicar un amplio abanico de sanciones (penas de privación de libertad, sanciones económicas, decomisos, amplias medidas de seguridad, medidas sustitutorias de la pena,...) y, finalmente, la introducción de nuevas técnicas de control (entrega vigilada, etc.), pueden llegar a generar una gran inseguridad jurídica, nada acorde con la necesaria aplicación de un Derecho penal mínimo, ni con un Derecho penal garantista.

La aplicación de estos Convenios ha supuesto una internacionalización de los conflictos relacionados con este fenómeno. Los Convenios en materia de las sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópica, han condicionado —y condicionan— las políticas penales y sociales de muchos Estados porque exigen —e imponen— la unificación de

criterios y de legislaciones en materia de tráfico ilícito, sin tener prácticamente en cuenta las diversas realidades de los diferentes Estados que componen Naciones Unidas. Por este motivo, el fenómeno social de las drogas se ha convertido en uno de los pilares fundamentales en los que se centra el control social —sobre todo formal—, tanto en el ámbito estatal como en el internacional. Pese a las evidencias científicas y los graves efectos negativos que estos Convenios tienen en una parte significativa de los Estados —sobre todo en aquellos no caracterizados por la existencia de un Estado fuerte y con serios problemas de tráfico ilícito—, no se aprecia una voluntad política para enmendar errores históricos de este tipo.

Por medio del art. 96 de la Constitución Española, los Convenios Internacionales en este tipo de sustancias firmados por el Estado español se convierten «en ley interna en España y obliga a nuestro país a sancionar penalmente las conductas» (Luzón Peña 1982:66)³¹ presentes en dichos Convenios Internacionales. Es más, según reconoce De la Cuesta (1987:376-377), «la mayor parte de la normativa con rango formal de la ley vigente en España tiene mucho que ver con los convenios internacionales citados». Este autor cree que «puede mantenerse», como señala Cardona Llorens, «que, en virtud de lo ordenado por el artículo 10.2 de la Constitución³², constituyen instrumentos especialmente importantes de cara a la interpretación del alcance del 'derecho a la protección de la salud', reconocido por el artículo 43 de la Constitución». Por ello sostiene que «toda la legislación española (...) deba respetar y desarrollar su contenido a la luz de la interpretación mantenida por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y la Comisión de Estupefacientes, órganos a quienes internacionalmente se atribuye la aplicación de los convenios».

La Constitución Española, por medio de su art. 9.1, exige que tanto las personas como los poderes públicos —incluido el poder legislativo— se sometan al marco jurídico presente en las normas y los principios constitucionales. Para Calvo García (1992:88-89), el considerar la Constitución «como fuente de derecho tiene consecuencias muy importantes» porque, entre otras cuestiones, «los preceptos y los principios constitucionales tienen efecto derogatorio y, en consecuencia, al

³¹ En la misma línea, entre otros, Llorens Borrás (1986), Magro Servet (2004), Soto Nieto (1992), e Íñigo y Ruíz de Erenchun (2007).

³² 10.2 Constitución Española: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico anulan la validez de cualquier norma jurídica que esté en contradicción con los mismos (...), es decir, los valores constitucionales, al igual que los principios constitucionales, no sólo tienen un rango jerárquico superior, sino que, además, han de servir de base para interpretar el contenido de las normas del mismo».

Estas afirmaciones tienen especial trascendencia en relación al art. 96.1 CE porque mediante la aplicación de dicho artículo se han incorporado al derecho vigente los diversos Convenios Internacionales en materia de drogas tóxicas, sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicas. Como recoge Ferrajoli (1999:115), en relación a las directivas de la Unión Europea, pero perfectamente aplicable a los Convenios Internacionales citados, «estas nuevas fuentes normativas, en la medida en que prevalecen o, al menos, aspiran a prevalecer sobre las leyes y en ocasiones sobre las constituciones mismas de los Estados miembros, corren el riesgo de deformar la estructura constitucional de las democracias europeas abriendo espacios para un nuevo poder absoluto». A principios de los años noventa, Bergalli (1992:15-16) hacía referencia al «sometimiento ideológico» que suponía aceptar los *Diktats del Grupo Trevi* o los *Acuerdos de Schengen*, y los efectos experimentados en la política interior española, en materias como extranjería, la denominada *seguridad ciudadana*, el tráfico ilícito de drogas, el empleo de las cuestiones de Estado o la protección de datos. A juicio de este autor, «todas estas cuestiones emergentes están siendo tratadas desde el prisma de la razón de Estado con evidente vulneración de la propia forma-Estado democrática de derecho que prevé la Constitución española y si bien la situación no es muy diferente a la de buena parte de los demás países comunitarios (...) en España han impedido que la evidente democratización producida en el seno de su sociedad civil alcanzase plenamente el ámbito estatal».

Como hemos mencionado anteriormente, los conocimientos científicos actuales, los Convenios Internacionales en los que se cimienta la política prohibicionista sobre algunas sustancias, se han basado, entre otras cuestiones, en mitos no ciertos, en una concepción etnocéntrica del fenómeno social de las drogas y en una terminología ambigua y acientífica (Scheerer 2003, Nadelman 2007). Todos estos aspectos han permitido, por un lado, la criminalización de prácticamente todo el ciclo relacionado con las denominadas drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la excesiva utilización de un Derecho penal en clave de restricción de derechos y de garantías constitucionales y, por otro lado, la inclusión de esos principios en los ordenamientos internos de los países firmantes.

El organismo internacional a quien se le atribuye la aplicación de los Convenios Internacionales en materia de estas sustancias (Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes), no se caracteriza precisamente por basarse en la evidencia científica, ni por la defensa de los Derechos Humanos³³, sino más bien «por la cultura de secretismo y la falta de transparencia» (Blickman 2008:33-34³⁴). Sin embargo, dispone de poder suficiente para exigir a los diferentes gobiernos, prácticas que pueden estar en contradicción con algunos de sus principios³⁵. La filosofía recogida en los Convenios Internacionales citados, junto con los recursos jurídicos disponibles en los mismos para obligar a las Partes firmantes a adecuar su ordenamiento jurídico interno a las exigencias derivadas de dichas Convenios, se convierten en una especie de *caballo de Troya* con vocación de socavar las garantías constitucionales existentes en el Estado social y democrático de Derecho.

³³ Una editorial de la revista *The Lancet* criticaba a este organismo por felicitar «a aquellos países que han reforzado su lucha contra la droga pero a base de prácticas represivas que, incluso, van en contra de los derechos humanos» (Lantigua 2008).

³⁴ A juicio de este autor, la JIFE ha interpretado los diversos Convenios de manera «muy estricta y se ha excedido sistemáticamente en su mandato al condenar las políticas nacionales». La JIFE ha criticado la política holandesa relacionada con el cannabis, las salas de consumo higiénico y, también la decisión de Gran Bretaña al modificar en el año 2003 la política sobre el cannabis. La respuesta del Gobierno británico no se hizo esperar: «protestó por las palabras alarmistas utilizadas, la ausencia de toda referencia a las pruebas científicas en las que se basaba dicha decisión y la forma engañosa en que la JIFE presentó la noticia ante los medios».

³⁵ Este mismo organismo ha solicitado recientemente al Gobierno de Bolivia que enseñe a su ciudadanía a no masticar coca. La intromisión de la JIFE en la soberanía de determinados Estados no es algo novedoso. Hace casi veinte años, el mismo día (15 de mayo de 1992), en el mismo periódico (*El Diario Vasco*), y en la misma página (24), se recogían dos titulares relacionados con la coca: el primer titular decía: «La Reina tomó té de coca para el ‘mal de altura’ al llegar a Bolivia (Le fue ofrecido por el vicepresidente Ossio en el aeropuerto de La Paz)». En el texto de la noticia se podía leer: «el mate de coca es una infusión elaborada con la hoja de coca, que se consume con profusión en Bolivia y se ofrece a los recién llegados a La Paz» para combatir el denominado *mal de altura*.

El segundo, titulado «La coca en la Expo», hacía mención a la prohibición realizada «por las autoridades españolas, por instrucciones de la JIFE de acuerdo a lo establecido en la Conferencia de Viena de 1988». Esta noticia no sentó nada bien en Bolivia y se llegó a barajar la posibilidad de retirar el pabellón de este país en el Exposición Universal de Sevilla si no se permitía enseñar dicha sustancia.

Mientras que en otros pabellones se promocionaban, por ejemplo, las excelencias de los vinos con denominación de origen, «por instrucciones de la JIFE», se prohibía a la representación de Bolivia la oferta de hoja de coca y la elaboración de mate con tal sustancias. No hablamos de cocaína, sino de la hoja del arbusto de coca y de su uso tradicional milenario.

Desde diferentes esferas se ha criticado la legislación actual en materia de este tipo de sustancias, por no cumplir los requisitos exigidos en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidas en el texto constitucional y, por tanto, por condicionar las políticas penales y sociales a poner en práctica. En un Estado social y democrático de Derecho la competencia en políticas de intervención social (política criminal, políticas sociales,...), puede llegar a producir una relación tensional porque suelen existir desajustes entre los intereses sociales y la política criminal. Sin embargo, en esta encrucijada, deben prevalecer los principios, derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en el Estado social y democrático de Derecho frente a la política criminal. Es más, se puede —y se debe— exigir la no vinculación de la política criminal, cuando no se adecue a los principios, derechos y libertades citados.

III. Necesidad de una política alternativa

Periódicamente resurge un debate en los medios de comunicación, aunque no solo en ellos, sobre la necesidad de una política diferente en relación al fenómeno social de las drogas. En menos de un año, diversas personas con amplia experiencia en tareas de gobierno en ámbitos estatales e internacionales, se han manifestado a favor de cambiar el rumbo de la actual política prohibicionista en materia de drogas. A mediados del mes de septiembre de 2010, el ex presidente del gobierno español, Felipe González, defendía «la ‘eliminación de la prohibición’ como mejor solución para luchar contra el narcotráfico y la violencia que conlleva» (Hidalgo 2010:28) y abogaba por la necesidad de «un acuerdo internacional que se cumpla entre todos» los Estados. A raíz de estas declaraciones, Bonino y Pannella (2010:32) consideran «necesario y urgente plantear el problema político mundial del fracaso del prohibicionismo en materia de sustancias estupefacientes», se muestran partidarios de la necesidad de «una conferencia internacional en la que implicar plenamente también a Europa» y reconocen que «la ideología del prohibicionismo también ha cancelado el debate sobre los hechos, nadie ha planteado la cuestión de cuántos miles de millones de euros, incluso en los países pobres, se invierten diariamente en las políticas que crean rentas exponenciales solo a las narcomafias».

Más recientemente, otras personalidades en el ámbito mundial (Kofi Annan, Javier Solana, Carlos Fuentes, Mario Vargas, Louise Arbour, Fernando Henrique Cardoso, Ernesto Zedillo, etc.), con el fin de acabar con la penalización, marginación y estigmatización de las per-

sonas consumidoras de drogas, han hecho un llamamiento a ensayar la regulación del cannabis, y han animado a los Gobiernos a que «experimenten modelos legales que permitan *minar* el poder del crimen organizado a la vez que se garantiza la seguridad y la salud de los ciudadanos» (Pozzi 2011:39). Las críticas a la política prohibicionista, sobre todo por sus efectos secundarios, es decir, por los efectos derivados de su situación ilegal en los ámbitos de la salud (adulteraciones, falta de control sanitario,...), la economía (grandes cantidades de dinero libres de impuestos que sirven para socavar economías y gobiernos legales,...), el político (control social sobre personas consumidoras, utilización de *la droga* como amenaza generadora de inseguridad social,...), etc., han sido realizadas desde hace tiempo por personas con formas de pensar y de vivir muy diferentes. Sin embargo, no todas las personas que han criticado la política prohibicionista en materia de drogas son partidarias de una misma alternativa.

Actualmente, en base a la experiencia acumulada en las últimas décadas, se dispone de certezas que pueden ser una gran ayuda de cara a profundizar y aportar criterios para poner las bases de una política diferente a la actual: a) las drogas y sus diversos usos y consumos, son parte importante de la humanidad (no se puede acabar con las drogas); b) las drogas no son dañinas de por sí (depende de la cantidad, del uso que se haga, de la situación personal de quien las consume e, igualmente, del contexto en el que se consuma, pueden tener efectos beneficiosos o perjudiciales); c) las drogas también aportan aspectos positivos que se deben de tener en cuenta (Gamella y Jiménez 2003); d) con la actual política prohibicionista, incluso en espacios cerrados y fuertemente custodiados (prisiones, etc.), la prohibición no es un obstáculo para su consumo; e) en los usos de algunas sustancias consideradas hoy día ilegales los riesgos principales pueden provenir del propio sistema legal y penal, más que de la forma en que son usadas (STIMSON 1995:69); f) la humanidad tiene amplia experiencia en diferentes maneras de relacionarse y regular las cuestiones en torno a las drogas, por tanto, es fundamental aprender a convivir con las sustancias; g) la práctica demuestra que pueden hacerse usos responsables y/o moderados de los diferentes tipos de drogas.

Hasta hace unos años, proponer cambios a la política prohibicionista era muy complicado, se tachaba a quienes proponían esa posibilidad de ingenuos, utópicos, cuando no de locos, irresponsables o sospechosos. Sin embargo, el discurso poco a poco ha ido evolucionando. Cada vez sectores más amplios de la sociedad, ven la necesidad de realizar cambios significativos en las políticas sobre el fenómeno social de las drogas pero, como recogía un Editorial del *International Journal of*

*Drug Policy*³⁶, «la cuestión ahora es qué podemos hacer, cómo podemos hacerlo, cual es el mecanismo apropiado para el cambio».

El Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC) ha propuesto recientemente unos principios básicos sobre los cuales «toda estrategia nacional sobre drogas debería fundamentarse» (Armenta et al 2010:2)³⁷: a) las políticas de drogas se deberían desarrollar mediante una evaluación estructurada y objetiva de las prioridades y las pruebas empíricas; b) todas las actividades se deberían desplegar en plena conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos; c) las políticas de drogas deberían centrarse en reducir las consecuencias nocivas de las drogas y no en las dimensiones del consumo y los mercados de estas sustancias; d) las políticas y actividades deberían perseguir el fomento de la integración social de grupos marginados; e) los gobiernos deberían construir relaciones abiertas y constructivas con la sociedad civil para debatir y desarrollar sus estrategias.

Desde mediados de los años ochenta hasta la actualidad se han llevado a cabo propuestas concretas de regulación que no se han puesto en marcha. Entre las respuestas legislativas concretas desde la segunda década en los años ochenta y primeros de la siguiente década destacan la *Propuesta suiza*, de Joset-Albrecht, la *Propuesta de Ley del Partido Radical italiano* y el denominado *Manifiesto de Málaga*, donde destacados profesionales del ámbito jurídico, aprobaron en febrero de 1991 una *Propuesta alternativa a la actual política sobre drogas*³⁸. El objetivo de este Manifiesto era «junto a concienciar acerca de los negativos efectos de la actual política criminal y criticar la postura oficial española ciegamente represiva, fijar los puntos esenciales de debate para la elaboración de una alternativa despenalizadora, centrada en la renuncia al Derecho Penal como instrumento de política preventiva del consumo —que debe hacerse mediante mecanismos de educación sanitaria y de asistencia— y patrocinadora de la liberalización del tráfico de drogas entre adultos (sin perjuicio del control de su producción y venta). Al Derecho Penal habría de corresponder, según el Manifiesto, el castigo de las conductas más graves de infracción de los controles administrativos, así como la protección de los menores de edad y la acción contra las organizaciones de narco-

³⁶ Editorial (2003): «Prohibition, pragmatism and drug policy repatriation». *International Journal of Drug Policy* 14, 141-143.

³⁷ En términos parecidos, el *Transnational Institute (TNI)* ha propuesto unos «principios sostenidos» (Blickman y Jelsma 2009:82-84).

³⁸ Tanto el *Manifiesto de Málaga* como la *Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, están recogidos en Grupo de Estudios de Política Criminal (1992).

traficantes en el marco de la regulación de los delitos contra el orden socioeconómico» (*De la Cuesta 1992:37-42*).

Para un adecuado enfoque del control de las drogas, en particular del cannabis, Juan Muñoz (2007:39-43) tras considerar oportuno «partir de una postura realista», propone unos «rasgos básicos de una nueva política de drogas», donde recoge distintas propuestas basadas en el modelo de despenalización controlada, sintetizados en los siguientes puntos: a) el control social de las drogas no debe pretender impedir su consumo, sino buscar formas de gestión que minimicen sus aspectos negativos y maximicen los positivos; b) se puede llevar a cabo desde un control jurídico-administrativo de este tipo de sustancias, similar al que actualmente funciona con los medicamentos; c) desarrollo de un sistema controlado de dispensación, donde se distinga entre el cannabis y sus derivados, y el resto de las sustancias; d) prohibición de publicidad de estas sustancias; e) política de precios moderadamente desincentivadora de los consumos y exención de toda clase de ayudas o financiaciones públicas; f) sanciones administrativas para las infracciones leves relacionadas con la producción, distribución y venta. En el caso de sustancias que causan grave daño a la salud, las infracciones más graves del ámbito administrativo deben constituir delito como actualmente ocurre con los productos alimentarios o con los medicamentos; g) el Derecho penal intervendría en los casos de suministro de tales sustancias a personas menores de edad o a personas sin capacidad de decisión autónoma; h) la prohibición continuaría en la realización de determinadas actividades bajo los efectos de este tipo de sustancias.

Una política diferente en materia de drogas supone la realización de cambios significativos, desde el ámbito de Naciones Unidas hasta el ámbito local, donde son imprescindibles los criterios aportados por el *Consortio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC)*, recogidos anteriormente: basarse en la evidencia científica, el escrupuloso respeto a los Derechos Humanos, la reducción de daños, la integración social de grupos vulnerables y la participación de la sociedad civil son principios fundamentales que deben estar presentes en las bases de una alternativa a la política prohibicionista en materia de drogas. En breves palabras, se trata de «dejar de poner el acento en criminalizar y sancionar a los consumidores de drogas para situarlo en fomentar los derechos humanos, la salud pública y el desarrollo socio-económico» (Armenta *et al* 2010:17).

En el ámbito de Naciones Unidas requiere una reforma integral de la *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)* y de los Convenios Internacionales vigentes en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. La *JIFE* ha sido fuertemente criticada por su in-

tromisión en la soberanía de algunos países, porque sus opiniones y recomendaciones no son acordes con la política y mejores prácticas de Naciones Unidas, por subordinar la objetividad científica a los intereses políticos y, de igual modo, por la negativa a incorporar a la sociedad civil a su actividad (Romani, Terrile y Zino 2003).

En relación a las drogas, la *Organización Mundial de la Salud (OMS)* dispone ya de un Convenio Internacional que en sus pocos años de vida, se ha convertido en un referente mundial de cómo regular las políticas de una droga relacionada con cinco millones de muertes anuales en el planeta: es el *Convenio Marco de la OMS para el Control del tabaco (CMCT)*, aprobado el 23 de mayo del año 2003, en la 56.^a Asamblea Mundial de Salud. Ese mismo año, ya adelantaba Engelsman (2003) la posibilidad de hacer lo mismo, no solo con el control de una droga con serias consecuencias para la salud, sino también para regular el cannabis de manera más adecuada, es decir, a su juicio el cannabis puede ser regulado en base a un Convenio Marco con características muy parecidas al actual *CMCT*.

La propuesta realizada por Engelsman es digna de tenerse en consideración porque, como se recoge en el prefacio del *CMCT*, «es el primer tratado negociado bajo los auspicios de la OMS» y es el tratado «más respaldado de toda la historia de Naciones Unidas». Además, las Partes firmantes, se comprometen a promover medidas de control sobre dicha sustancia, en base a consideraciones científicas, técnicas y económicas. Entre ellas destaca una acción cooperativa para hacer desaparecer el tráfico ilícito relacionado con la droga analizada. Como en cualquier estrategia sobre el fenómeno de las drogas, se pretende influir tanto en la reducción de la demanda como de la oferta pero en el *CMCT*, la evidencia científica, la información objetiva, la prevención, la participación de la sociedad civil, la perspectiva de género, el apoyo a actividades alternativas económicamente viables, etc., priman sobre los aspectos sancionadores³⁹.

En el ámbito europeo, el día 15 de diciembre de 2004, en Estrasburgo, la sesión plenaria del Parlamento Europeo aprobó el denominado *Informe Catania*⁴⁰ sobre la nueva estrategia de drogas de la UE, donde, además de reconocer el fracaso de la política actual, se plantea un cambio fundamental de la política de la Unión Europea en materia de drogas. Entre sus considerandos y recomendaciones destacan: el emprender

³⁹ Para una mayor profundización en los principios del *CMPT*, ver Arana 2009.

⁴⁰ Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (2004/2221[INI]).

un proceso de revisión de estas políticas —en base a los análisis y evaluaciones pertinentes—, dedicando especial atención a las políticas alternativas que ya hoy en día logran mejores resultados en muchos Estados miembros (*Consideración K*); abordar este fenómeno social basándose en un enfoque científico y en el respeto a los derechos civiles y políticos, en la protección de la vida y en la salud de las personas (*Recomendación a*); definir y reforzar la participación e implicación de los drogodependientes y de los consumidores de sustancias ilícitas, de la sociedad civil, de las ONG, del voluntariado y de la opinión pública en la resolución de los problemas relacionados con las drogas (*Recomendación x*).

Un debate y unas prácticas, dentro de la Unión Europea, con los criterios aportados por este *Informe* pueden ayudar a exigir desde el viejo continente que se revisen los postulados en los que se basan los Convenios Internacionales sobre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En el ámbito estatal, los cambios en las políticas de drogas deberían girar en torno a las siguientes cuestiones: a) denuncia de los Convenios Internacionales vigentes en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas por ser contrarias a los principios constitucionales del Estado social y democrático de Derecho; b) modificar la legislación penal y administrativa, según los criterios señalados por Juan Muñoz, recogidos más arriba; c) regular los usos terapéuticos del cannabis y sus derivados, así como de otras sustancias que, en virtud de las evidencias científicas, sean útiles en el ámbito terapéutico; d) regular los clubes privados de consumidores de cannabis y de otras sustancias⁴¹.

Finalmente, el ámbito local tiene una fundamental importancia en la puesta en marcha y consolidación de una política alternativa en materia de drogas porque, entre otras cuestiones, es la Administración que más cerca está de las personas consumidoras y, las administraciones locales, disponen de competencias en prevención, asistencia, reducción de daños y otras políticas sociales. Algunas Administraciones Autonómicas y Locales han contribuido de una manera muy especial, por ejemplo, en la reducción de daños, donde «la realidad de la práctica es más relevante que la situación legal⁴² (...). Muchas veces estas

⁴¹ Desde hace varios años, diversos colectivos en torno a la *Federación de Asociaciones Cannábicas (FAC)*, se han puesto práctica los denominados *Clubs Sociales de Cannabis*, donde personas adultas consumidoras de esta sustancia se asocian para autoproducirla y autodistribuirla entre sus socios, con el objetivo de reducir riesgos asociados al consumo y prevenir posibles daños (Barriuso 2005).

⁴² El comienzo de las salas de consumo higiénico o los programas de testado de sustancia son un claro ejemplo.

iniciativas semi-legales / semi-oficiales dan después de algún tiempo los impulsos para las políticas oficiales y las respectivas modificaciones legales, a veces incluso para otros países» (Burkhart 2002:114).

Desde principios de los años noventa me he posicionado a favor de una *política normalizadora*, o en *clave de normalización*, relacionada con el fenómeno social de las drogas. Normalizar no es sinónimo de regulación ni de promoción de cualquier tipo de sustancias. Entiendo por normalización del fenómeno social de las drogas, un proceso de debate racional y de praxis que ayude a modificar, por un lado, la actual percepción social que se tiene de las drogas y de las personas consumidoras, y por otro lado, a regular la actual legislación (comenzando por el cannabis y sus derivados) en base a criterios diferentes a los establecidos, con el objetivo de que puedan salir de la clandestinidad las sustancias y las personas consumidoras, mediante la apertura de mayores espacios de aceptación social y respeto a opciones de vida diferentes. Un proceso de debate racional y de praxis es algo dinámico, que va incorporando al mismo los diagnósticos, las evaluaciones y las aportaciones que desde el campo teórico y práctico se realizan, donde se tienen en cuenta los derechos de todas las personas, y se cuenta con las personas consumidoras como una parte esencial, precisamente por su propia experiencia.

En aproximadamente un siglo de prohibicionismo moderno, en torno a este fenómeno se ha generado una gran *inercia* —en el amplio sentido de la palabra— para que la política prohibicionista se imponga, no cambie y, sobre todo, siga siendo una parte fundamental de una nueva —o no tan nueva— *estructuración del mundo* (bueno/malo, legal/ilegal,...), donde además de reproducir estereotipos, sirve para consolidar relaciones desiguales de poder entre los países centrales y los periféricos. En este contexto, la normalización en las políticas de drogas la entiendo como un proceso de cambio en la inercia actual prohibicionista hacia una inercia normalizadora donde los principios expuestos en el presente texto primen sobre las políticas represivas y se considere a las personas como seres maduros y no como a personas incapaces.

IV. Bibliografía

- AA. VV. (1989): *Repensar las drogas*. Barcelona: Grupo IGIA.
- AA.VV. (2009): *El delito de tráfico de drogas*. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2010): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992): «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal». En *La sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 115-159. También en *Doxa 12*, (1992) 257-299.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1996): «Presunción de inocencia y prisión sin condena». *Cuadernos de Derecho Judicial XVIII*, 13-46.
- ARANA, X. (1996): «Profundización en el debate sobre la normalización de la cuestión droga en un Estado social y democrático de Derecho». En *Normas y culturas en la construcción de la «Cuestión Droga»*. ARANA, X.; DEL OLMO, R. (Comp.). Barcelona: Hacer, 185-231.
- ARANA, X. (2005): «Cannabis: Normalización y legislación». En *Eguzkilore 19*, 121-128.
- ARANA, X. (2009): «Políticas en materia de tabaco». En *Políticas y legislación en materia de tabaco*. X. ARANA; I. GERMÁN. Vitoria – Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 17-69.
- ARANA, X.; GERMÁN, I. (2005): *Documento técnico para un debate social sobre el uso normalizado del cannabis*. Vitoria – Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- ARANA, X.; MONTAÑÉS, V. (2010): «Cannabis cultivation in Spain. The case of Cannabis Social Clubs». *World Wide Weed: Global Trends in Cannabis Cultivation and Control*. T. DECORTE, G. POTTER, M. BOUCHARD (Eds.). United Kingdom: Ashgate Publishers.
- ARMENTA, A., et al (2010): *Guía sobre políticas de drogas*. Trad., B. MARTÍNEZ y E. BOSSIO. Londres: IDPC.
- BARATTA, A. (1991): «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica». En *Pena y Estado 1*, 37-55.
- BARRIUSO, M. (2005): «Propuesta de modelo legal para el cannabis en el Estado español». *Eguzkilore 19*, 151-167.
- BERGALLI, R. (1992): «Razones jurídicas y razón de estado (en España y Latinoamérica)». Ponencia presentada en el *IV Congreso Español de Sociología*, Madrid, 24-26 sep.
- BLICKMAN, T. (2008): «El TNI y la UNGASS. De la tolerancia cero a la reducción del daño». En *10 años del programa Drogas y Democracia del TNI*. P. BOEDER (Ed.). Países Bajos: TNI, 26-39.
- BLICKMAN, T.; JELSMA, M. (2009): «La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos». *Nueva Sociedad 222*, julio-agosto, 81-103.
- BOIX REIG, J. (2000): «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas». En *Delitos contra la salud pública y contrabando. Consejo General del Poder Judicial 5*, 383-406.
- BONINO, E.; PANNELLA, M. (2010): «Sobre la legalización de las drogas». *El País*, Opinión, viernes, 17/09/2010, p. 32.
- BURKHART, G. (2002): «Políticas europeas: Posibilidades y límites». En *Drogas Qué política para qué prevención*. A. Vega (Coord.). Donostia-San Sebastián: Gakoa, 105-128.

- BUSTOS, J. (1986): *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Barcelona: Ariel.
- BUSTOS, J. (1989): *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª ed. Barcelona: Ariel.
- BUSTOS, J. (1990): *Coca Cocaína. Entre el Derecho y la Guerra (Política Criminal de la droga en los Países Andinos)*. Barcelona: PPU.
- CALVO GARCÍA, M. (1992): *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- CARDONA LLORENS, J. (1987): «La cooperación internacional en materia de supresión del uso indebido de drogas». En *Problemática jurídica y psico-social de las drogas*. J. BOIX REIG; J. RODRÍGUEZ MARÍN y T.S. VIVES ANTÓN (Coords.). Valencia: Generalitat Valenciana, Consellería de Sanitat i Consum, 145-172.
- CASAS NOMBELA, J.J. (1988): «Aspectos fundamentales de la actual reforma de los delitos de tráfico ilícito de drogas». En *Comunidad y Drogas 3, Monografía*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 59-69.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2004): «El derecho constitucional a la presunción de inocencia». *CGPJ Manuales de Formación 22*, 627-658.
- CUESTA, J. L. DE LA (1987): «El marco normativo de las drogas en España». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia 3*, 367-447.
- CUESTA, J. L. DE LA (1989): «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código Penal en materia de drogas?». En *Estudios Penales, en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Universidad de Santiago de Compostela, 223-233.
- CUESTA, J. L. DE LA (1992): «Drogas y política criminal en el derecho penal europeo». En *Delitos contra la salud pública. Consejo General del Poder Judicial 21*, 9-53.
- DECORTE, T.; POTTER, G.; BOUCHARD, M. (Eds.) (2010): *World Wide Weed: Global Trends in Cannabis Cultivation and Control*. United Kingdom: Ashgate Publishers.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1989): *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas: estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*. Madrid: Tecnos.
- ENGELSMAN, E. (2003): «Cannabis control: the model of the WHO tobacco control treaty». *International Journal of Drug Policy 14*, 217-219.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P. (2008): «Artículo 368». En *Comentarios al Código Penal*, 2.ª Época. Tomo XI, Libro II. M. Cobo del Rosal (Dir). Madrid: CESEJ, 279-311.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ; A. RUÍZ; J.C. BAYÓN; J. TERRADILLOS y R. CANTERO. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2008): *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- GAMELLA, J.; JIMÉNEZ RODRIGO, M.L. (2003): *El Consumo prolongado de cannabis. Pautas, tendencias y consecuencias*. Madrid: FAD y Junta de Andalucía.
- GONZALEZ ZORRILLA, C. (1990): «Remisión condicional de la pena y drogodependencia». En *Comentarios a la legislación penal XII*. COBO DEL ROSAL (Dir.). Madrid: Edersa, 1-32.

- GONZALEZ ZORRILLA, C. (1991): «Drogas y Perspectiva Antiprohibicionista». En *¿Legalizar las drogas? Criterios Técnicos para el Debate*. Madrid: Popular, 163-190.
- GIMBERNAT, E. (2009): *Estado de Derecho y ley penal*. Madrid: La Ley.
- GRANADOS PÉREZ, C. (2007): *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito del tráfico de drogas*. Madrid: La Ley.
- HIDALGO, S. (2010): «No existe un clamor social para legalizar». *Público*, Actualidad, miércoles 15/09/2010, p. 29.
- HORMAZABAL MALAREE, H. (1991): *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: PPU.
- ÍÑIGO, E.; RUÍZ DE ERENCHUN, E. (2007): *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona: Atelier.
- JOSHI JUBERT, U. (1999): *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP: (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*. Barcelona: José María Bosch.
- LANTIGUA, I.F. (2008): «¿Hacia un mundo libre de drogas?». En *El Mundo*, Salud, 30/05/2008. <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/05/30/medicina/1212169319.html?a=9d21a804d4bce6f178423f82d1548802&t=1212397427>
- LAURENZO COPELLO, P. (1995): «Drogas y Estado de derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva». En *Jueces para la Democracia* 24, 11-17.
- LUZÓN PEÑA, D. (1982): «Tráfico y consumo de drogas». En *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Madrid: Instituto Alemán.
- LLORENS BORRAS, J.A. (1986): *La droga y su problemática actual. Conceptos médico-farmacológicos. Aspectos históricos y socioculturales. Normas jurídicas. Jurisprudencia*. Barcelona: Acervo.
- MAGRO SERVET, V. (Coord.) (2004): *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública: (especial referencia a los delitos relativos al tráfico de drogas y su casuística. Todas las dudas y respuestas. Incluye nuevo Código Penal)*. Madrid: La Ley.
- MIR, S. (1994): *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- MORANT, J. (2005): *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*. Valencia: Práctica de Derecho.
- MUÑAGORRI, I. (1996): «Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: Polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal». En *Secuestros institucionales y derechos humanos: La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. RIVERA, I.; DOBÓN, J. (Coord.). Barcelona: J. M. Bosch.
- MUÑAGORRI, I. (2000): «La vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario». En *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. I. MUÑAGORRI; A.M. PINTO DE MIRANDA; I. RIVERA. Barcelona: M.J. Bosch, 9-34
- MUÑAGORRI, I.; ARANA, X. (2006): «Comentario a la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de disposi-

- ciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas en relación con la 'Estrategia Europea contra la droga (2005-2012)' del Parlamento Europeo». *Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención*. X. ARANA e I. MARKEZ (Coord.). Madrid: Dykinson, 137-149.
- MUÑOZ CONDE, F. (1991): *Teoría general del delito*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005): «El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo'». En *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. G. PORTILLA (Coord.). Madrid: Akal, 167-176.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010): *Derecho Penal. Parte Especial*. 18.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. (2010): *Derecho Penal. Parte General*. 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2007): «Política criminal de drogas. Reflexiones en torno a la normalización del cannabis». En *Hablemos del cannabis*. L. PANTOJA (Ed.). Bilbao: Universidad de Deusto, 31-43.
- NADELMANN, E. (2007): «La Reducción de los Daños de la Prohibición de las Drogas en las Américas». En A. CAMACHO GUIZADO (Ed.) *Narcotráfico: Europa, EEUU, América Latina*. Barcelona: Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 63-75.
- NAVARRO BLASCO, E. (2010): «La reforma en materia de delitos contra la salud pública (arts. 368, 369, 369 bis y 370)». En *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. G. QUINTERO OLIVARES (Dir.). Navarra: Aranzadi, 309-317.
- ORTS, E. (2008): «Delitos contra la seguridad colectiva II: Delitos contra la salud pública». En AA. VV., *Derecho Penal. Parte Especial*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 566-587.
- PAVARINI, M. (1983): *Control y dominación*. México: Ed. Siglo XXI.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2010): «Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)». En *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 419-427.
- POZZI, S. (2011): «Personalidades mundiales llaman a ensayar la regulación del cannabis». En *El País, vida&artes*, 02/06/2011, p. 39.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. (1986): *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*. Barcelona: Bosch.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1993): «Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública». En *Delitos contra la salud pública. Cuadernos de Derecho Judicial*, 55-85.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2000): *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2009): *Código Penal. Comentado y con Jurisprudencia*. 3.ª ed. Madrid: La Ley.
- ROMANÍ, O. (1999): *Las drogas: sueños y razones*. Barcelona: Ariel.
- ROMANÍ, O.; TERRILE, S.; ZINO, J. (2003): «Drogas y gestión del conflicto social en el cambio de siglo: ¿nuevos sujetos, nuevos espacios de riesgo?». En *La se-*

- guridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. DA AGRA, C.; DOMINGUEZ, J.L.; GARCÍA AMADO, J.A.; HEBBERECHT, P.; RECASENS, A. (Eds.). Barcelona: Atelier, 227-243.
- SANTOS, B. de S. (1998): *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- SCHERER, S. (2003): «Prohibición de las drogas en las sociedades abiertas». En *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*. ARANA, X.; HUSAK, D.; SCHEERER, S. (Coord.). Madrid: Dykinson, 53-65.
- SOTO NIETO, F. (1992): «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal». En *Cuadernos de Derecho Judicial XXI*, 87-129.
- SUBIJANA, I. (2004) : «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas (El marco judicial en el que se inserta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal)». En *Revista del Poder Judicial* 74, 2.º Trimestre, 65-92.
- VALLE MUÑOZ, J.M.; MORALES GARCÍA, O. (2008): «Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas». *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. G. QUINTERO OLIVARES (Dir.); F. MORALES PRATS (Coord.). 7.ª ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 1397-1466.
- VIVES ANTÓN, T.S. (1986): «La imputación del heroinómano». En *Drogas: Aspectos jurídicos y médicos legales*, AA.VV. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 261-289.

Acuerdos de la Sala II del Tribunal Supremo e interpretación del nuevo tipo atenuado de tráfico de drogas: art. 368-2.º C.P. L.O. 5/2010

Joaquín Giménez García
Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

I. Introducción

Cualquier reflexión sobre la realidad de las drogas en la sociedad actual, tiene que partir de un triple arranque.

1. Cada cultura, cada sociedad, tiene «sus» drogas como vía de escape, drogas en las que las personas han buscado o bien su felicidad, o han huido de sus problemas, y es que hay que partir de la obviedad, que a veces se olvida, de que las drogas son gratificantes, producen una sensación de bienestar, cuestión diferente son las consecuencias de su abuso, por eso, en la política de reducción de daños de los efectos de las drogas, la información sobre las pautas de consumo lo menos dañinas posibles, debe tener un lugar, de igual manera que se hace con el alcohol o el tabaco.

2. Tan deseable es una sociedad sin drogas como de imposible realización. Por eso, la aproximación al mundo de las drogas debe partir de dos realidades:

a) Estamos en una sociedad ya definitivamente *contaminada con las drogas*, y a partir de este reconocimiento, la consecuencia lógica debe ser la constituida por una política sensata tendente a la reducción de daños, facilitando los medios a los adictos para que, como fruto de una reflexión personal, abandonen tal consumo e incentivando las políticas de reducción de daños. Precisamente por la evidencia de que nunca existirá un mundo sin drogas, las «*cruzadas*» en clave de «*tolerancia cero*» a las drogas son, por utópicas y alejadas de la realidad, irrealizables, e incluso pueden producir el efecto perverso de potenciar aquello que se pretende erradicar.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-318-6, núm. 8/2011, Bilbao, págs. 275-294

La política de reducción de daños debe tener un *doble frente*, a) el consumidor y b) la sociedad.

Frente al consumidor las políticas de mantenimiento a los adictos que no pueden o no quieren el abandono de las drogas han acreditado suficientemente sus efectos benéficos porque los programas de mantenimiento, tienen como primer efecto positivo el contacto del adicto con la red sanitaria que le proporciona la sustancia en las mejores condiciones sanitarias y al mismo tiempo le ofrece una ayuda psicológica si se solicita. En relación a la Sociedad, se produce una drástica *reducción* de la delincuencia funcional, es decir de la provocada por la necesidad de obtener dinero para poseer la droga que se necesita, lo que como se sabe, provoca una específica delincuencia llamada funcional porque está provocada por esta necesidad, y que se proyecta, normalmente, en delitos contra la propiedad, asociados o no, a ataques a las personas.

b) Estamos en una *sociedad globalizada* por lo que cualquier política en materia de drogas, debe tener una homogeneidad común a todos los países, sin perjuicio de las especialidades concretas de países y culturas diferentes pero compartiendo que pudiera llamarse un *mínimo común denominador*, dentro de ese mínimo denominador, yo sitúo *tres principios*.

Como *primer principio*, hay que depurar y separar todo el mundo del consumo de drogas de toda la carga moral y prejuicios éticos o ideológicos con que a veces se nos presenta envuelta. Las drogas están aquí, queramos o no, y cualquier aproximación debe ir de la mano de una severa y neutral evaluación científica alejada de prejuicios ideológicos.

Como *segundo principio* el tratamiento penal debe ser diferente a lo que es distinto, y en este aspecto hay que referirse al distinto nivel de peligro que ofrecen las distintas drogas. Por eso estimo muy positiva la regulación española, minoritaria en este aspecto en la legislación comparada, que diferencia entre drogas que causan grave daño, y otras que no, lo que se traduce en una distinta intensidad de la respuesta punitiva. Hoy día es un lugar comúnmente aceptable que los riesgos sanitarios relacionados con el consumo del cannabis —la droga «*blanda*» por excelencia según la práctica judicial española—, no son equiparables con los efectos de la heroína, coca o cocaína, de igual manera que el consumo de droga de coca —tradicional en los pueblos andinos—, tiene muy poco que ver con el consumo del alcaloide de la hoja de coca que es la cocaína.

Como *tercer principio*, había de tenerse en cuenta que la lucha contra las drogas no debe actuar como factor de multiplicación de la pobreza y el hambre en el mundo.

Hoy día existen políticas de erradicación forzosa de los cultivos, lo que condena a los campesinos de muchos países a una pobreza absoluta. Se habla y se les ofrece cultivos alternativos a la hoja de coca, por ejemplo, pero nos olvidamos que esos cultivos exigen unos eficaces circuitos de recogida y recolección de los productos y unos precios, al menos lo suficientemente atractivos para el campesino como para que se decida a cambiar de productos. Es claro que la hoja de coca es un producto económicamente rentable y que tiene una eficaz —y clandestina— red de recogida y comercialización, y el resultado de ello es que le resulta rentable al campesino su cultivo, singularmente porque no existe una red de comercialización de los cultivos alternativos.

¿Son responsables de los estragos que produce la cocaína los países productores? Evidentemente no.

Los pueblos y naciones productoras de drogas son doblemente pobres. En primer lugar, porque todos, sin excepción pertenecen a lo que llamamos el tercer mundo, y en segundo lugar, porque son nuevamente empobrecidos con las políticas de destrucción de los cultivos tradicionales sin efectivas políticas de cultivos alternativos, y, por otra parte, los ingentes beneficios que produce la droga no tienen por destino esos países sino que se esconden en los países ricos, que son los consumidores.

3. Las drogas: cuádruple enfoque no excluyente sobre sí.

a) Las drogas son un *factor criminógeno* de primer orden, en cuanto que provocan e incentivan la comisión de delitos contra la propiedad y asociados a ella, la vida e integridad personal. Es lo que hemos definido como delincuencia funcional.

b) Las drogas, son un *factor de delincuencia violenta* en cuanto provoca acciones de inusitada violencia contra las personas, provocadas por los efectos que producen en los consumidores, singularmente las drogas de diseño, LSD y similares.

c) Las drogas son un *problema de salud pública* de primer orden, y que suele desembocar en patologías duales en los drogadictos de larga data por los trastornos psíquicos a los que arriban.

d) Las drogas son un *medio de obtener grandes fortunas*, a través de los ingentes beneficios que producen las drogas. Es en este gravísimo aspecto donde debemos recordar el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas de Viena de 20 de Diciembre de 1988 que define el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicológicas como:

- Grave amenaza para la salud y bienestar de los seres humanos.
- Menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la Sociedad.

- Socava las economías lícitas y amenazan la estabilidad, seguridad y la soberanía de los Estados.
- Es una actividad delictiva internacional, vertebrada alrededor de la Empresa Criminal.
- Generadora de grandes fortunas.
- Contaminadora y corrompedora de las estructuras de la Administración Pública y de las actividades comerciales y financiera lícitas.

II. La legislación española. La L.O. 5/2010 y el art. 368-2.º CP

Con carácter previo hay que recordar que el sistema de justicia penal, cualquier sistema, debe ser respetuoso con los derechos humanos de los justiciables, y por tanto, debe prever *respuestas punitivas proporcionales a las infracciones*.

El derecho es ponderación y medida, y ello es exigible al máximo en el sistema de justicia penal por cuanto este incide directamente en el bien de la libertad individual.

La penalización del consumo, o el tratamiento de deshabitación de drogas de naturaleza compulsiva y por tanto obligatoria para el adicto *no* son admisibles en un derecho penal de un país democrático.

De manera muy sintética, debemos decir que nuestro sistema de justicia penal parte de una *cuádruple y fundamental diferenciación*:

- El consumidor de drogas.
- La diferencia entre las drogas por sus efectos en la salud.
- La figura del drogodelincuente que actúa en la última fase de la red clandestina de venta.
- El tipo básico y los tipos agravados.

En relación al consumidor, ya es sabido que en nuestro sistema, el consumo es atípico, no se penaliza lo que con frecuencia ha sido objeto de críticas entre algunos operadores jurídicos de países extranjeros que denuncian la inconsecuencia de penalizar el acto intermedio —el tráfico— y no el acto final —el consumo—.

La *no* penalización del consumo obedece a que el consumidor, *per se* no delinque, sino que efectúa un acto fruto de su libertad y libre auto-determinación, por otra parte es preciso asumir la falta de lógica que se denuncia. Ni la persona es lógica ni el mundo se rige por las reglas de una lógica mecanicista, por otra parte, la *no* penalización del consumo es una exigencia del sistema de justicia penal como *última ratio* y por tanto respetuoso con el principio de mínima intervención.

La penalización del consumo solo conseguiría la multiplicidad de la actividad policial y judicial que estaría «*entretendida*» en la investigación y penalización de los consumidores, sustrayendo medios personales y de toda índole en la investigación de lo que verdaderamente interesa: la penalización del tráfico, singularmente del gran tráfico.

La diferencia punitiva entre drogas duras y drogas blandas, responde al criterio objetivo de un tratamiento distinto a aquello que es diferente, con respeto al principio de proporcionalidad

Precisamente por ser más respetuoso con tal principio, la reforma dada por la L.O. 5/2010 ha efectuado una importante rebaja en relación a las penas a imponer en los casos de tráfico de drogas «*duras*».

Con anterioridad a la reforma de la L.O. 5/2010, el ámbito penal del *tipo básico* era de prisión de tres a nueve años de prisión. *Actualmente*, se ha producido una importante reducción de la respuesta penal, fijándose entre tres años a seis años de prisión para el tipo básico, lo que incide en los subtipos agravados que operan a partir de seis años y un día frente a la situación anterior en que operaban a partir de nueve años y un día de prisión.

Retenemos al respecto el párrafo XXIV de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2010:

«...En materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de las penas de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de Octubre de 2004...de acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora, se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delitos de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia —también de acuerdo con la pauta europea— siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme...».

Muy relevante y llamada a tener una importante incidencia en la práctica judicial es la introducción de un *tipo privilegiado* —el actual art. 368-2.º C.P.— al que me referiré más adelante.

La reforma de la L.O. 5/2010 en materia de drogas puede plantear algunos problemas concursales, aquí solo citaré los derivados del mantenimiento en el art. 369 CP como un subtipo agravado el de participar el culpable en actividades organizadas y el nuevo art. 369 bis CP relativo al tráfico de drogas ejecutado por una organización delictiva, que antes estaba en el párrafo 2.º del art. 362 CP y ahora constituye un tipo autónomo.

¿Qué relaciones y diferencias existen entre ambas figuras, próximas entre sí pero diferentes en sus consecuencias punitivas?. Habrá que esperar a la Jurisprudencia de la Sala II.

III. Doctrina jurisprudencial en materia de drogas

Hay que recordar, que si bien pronto la droga hizo su entrada en el mundo penal como agente criminógeno —allá por los finales de la década de los setenta y principios de los ochenta—, solo tuvo un reconocimiento legal como factor criminógeno y como tal reconocido a partir de la reforma del Código Penal de 1988, que introdujo el art. 93 bis según el cual se posibilitaba la remisión condicional de los penados a penas de hasta dos años de prisión siempre que el hecho se hubiese cometido con motivo a su dependencia a las drogas, que así se declarase en la sentencia, se testificara por centro homologado que el reo se ha deshabitado o lo está siendo y no sea reincidente.

Son patentes las cautelas y desconfianzas del artículo que llevaron prácticamente a la inaplicación de esta ventaja en materia de remisión condicional.

¿Pero, cuál había sido la respuesta de la Jurisprudencia desde que la droga tuvo su presencia en la actividad delictiva?

La respuesta vino dada, primeramente por los Tribunales Provinciales de Bilbao y San Sebastián, no por casualidad, sino porque la presencia de la droga como factor criminógeno fue muy importante y patente en sus territorios desde los finales de la década de los setenta, por eso ante esta nueva realidad de delitos contra la propiedad, singularmente atracos a bancos y a farmacias, hubo de buscarse en el Código Penal (que ignoró tal realidad, como se ha dicho hasta el año 1988), respuestas que tuvieron en cuenta tal elemento.

Según la memoria de la Comisaría General de Policía del año 1982, San Sebastián/Donostia fue la tercera ciudad española en atracos a bancos con un 4'50%, seguida de Bilbao con un 4'33% de los casos, y lo mismo puede decirse de los atracos a farmacias.

Esta realidad nueva, provocó el planteamiento de la responsabilidad penal del adicto a la droga que cometía delitos acuciado por la necesidad de conseguir medios para adquirir droga.

El problema no se planteaba tanto en relación a los delitos cometidos en un síndrome de abstinencia, porque el sujeto actuaba «*bajo los efectos*» de la droga, para esa situación, la respuesta podía encontrarse en la figura del trastorno mental transitorio del art. 8-1.º o la atenuante de embriaguez del art. 9-2.º del CP 1973. Los casos de

delitos cometidos en ese estado, eran los menos, aunque ciertamente los más llamativos. En estos casos el déficit se encontraba en las facultades intelectivas.

El problema se encontraba en relación a los delitos cometidos por el adicto tras la ingesta y antes del síndrome, pero actuando *forzado por la necesidad* de mantener los consumos para evitar el síndrome. Se decía que en tal situación no había ni existía déficit en las facultades intelecto-volitivas, y el problema se agravaba porque era, precisamente, en ese periodo donde se cometían la mayoría de los delitos. No se estaba en un déficit de la inteligencia, el adicto sabía lo que estaba haciendo, el déficit se desplazaba a la voluntad. Los frenos inhibitorios que apartan a una persona de la delincuencia, aquí estaban disminuidos por la necesidad imperiosa de abastecerse de droga.

No por casualidad, por las razones expuestas, el cambio de enfoque fue propiciado, casi simultáneamente por diversas resoluciones de las Audiencia Provinciales de Bilbao y San Sebastián. De la primera se pueden citar las Sentencias de 7 de Marzo de 1981 y 22 de Abril de 1981 y de la segunda de 16 de Julio de 1981 y 16 de Enero de 1982.

Es muy relevante la de 16 de Julio de 1981 de la Audiencia Provincial de San Sebastián porque fue recurrida por el Ministerio Fiscal y la Sala II del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Septiembre de 1982 por *primera* vez aceptó una imputabilidad disminuida en dos jóvenes adictos a la heroína que cometieron un atraco en la sucursal de la Caja de Ahorros Laboral de Pasajes...porque cometieron el hecho, no en síndrome de abstinencia o en trastorno mental transitorio, sino «...impulsados por la necesidad de conseguir dinero que les permitiera la obtención de droga que ansiaban imperiosamente...», ello se tradujo en la aplicación de una atenuante analógica que se aceptó.

Se estaba definiendo y reconociendo por *primera* vez por el Tribunal Supremo un típico caso de *delincuencia funcional*.

A partir de esta sentencia quedaba abierta la vía de la disminución de la facultad volitiva ante la ejecución de hechos delictivos cuya naturaleza delictiva no era desconocida para sus autores, pero estos carecían de la suficiente fuerza para apartarse de esa actividad a causa de su drogodependencia, y todo ello con apoyo en el art. 8-1.º que se refería a la enfermedad mental y acordaba un internamiento «...en unos de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase...», con lo que de un lado, se podría graduar la entidad del déficit volitivo que podía ir desde la exención completa, a la eximente incompleta o atenuante; y de otra parte se posibilitaba un tratamiento alternativo al exclusivamente carcelario.

Esta vía abierta por el Tribunal Supremo fue seguida por otras resoluciones que consolidaron este tratamiento penal para los drogodependientes y pronto se convirtió en doctrina jurisprudencial. Dicha doctrina tenía estos tres elementos definidores:

Calificación de la toxicomanía como enfermedad mental con la triple modulación de exención total, eximente incompleta o atenuante.

Apertura a respuestas no prisonizadas, para el tratamiento de la drogadicción.

La toxicomanía debe estar suficientemente acreditada, y para ello era fundamental el informe pericial, médico que luego se amplió al psicológico y social.

IV. Principales declaraciones jurisprudenciales

En este apartado podemos consignar las siguientes:

1. La relevancia del consumo de drogas en el infractor puede dar lugar hoy a una *cuádruple respuesta penal*:

- Eximente completa vía art. 20-2.º C.P.
- Eximente incompleta vía art. 21-1.º C.P. en relación con el art. 20-2.º C.P.
- Atenuante del art. 21-2.º C.P.
- Atenuante analógica del art. 21-7.º en relación con el 21-2.º.

Algunas sentencia de la Sala II —STS 787/2007— mantienen abierta la tesis de la atenuante analógica 7.ª del art. 21 C.P. en relación con la atenuante 2.ª de dicho artículo —grave adicción—, aunque realmente es difícil separar y diferenciar la atenuante del art. 21-2.º C.P. de la atenuante analógica, y así lo reconoce alguna sentencia de la Sala —SSTS 817/2006 o 1238/2009—.

2. Teniendo en cuenta que las drogas son un factor criminógeno, en los casos en los que así se declare en la sentencia, hay que dar *preferencia al tratamiento deshabitador* que permite la Ley ex art. 87, sobre la mera respuesta prisonizada en tal sentido, se pueden citar, *ad exemplum* las SSTS 581/1999; 121/2006; 1052/2006; poniendo especial incidencia en la conveniencia de que la sentencia *no* interrumpe un proceso de desintoxicación ya inicial —STS 232/2000—.

3. *Requisitos* para la aplicación de la atenuante de drogadicción:

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarlos del siguiente modo:

a) *Requisito biopatológico*, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros *dos requisitos*:

Que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

Que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código Penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

b) *Requisito psicológico*, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 de Septiembre, ya declaró que «*no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto*». Cierto es que la actual atenuante de drogadicción solo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS 21/12/99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

c) *Requisito temporal o cronológico*, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, requisito este que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no hay sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las «*acciones liberae in causa*»).

d) *Requisito normativo*, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de Julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

En definitiva, de una manera más sintética, la aplicación de la atenuante vendrá de la mano de la concurrencia de:

- a) Acreditación de la adicción y su intensidad.
- b) Incidencia de dicha adicción en el delito cometido. La adicción a drogas *no* convierte cualquier acto de la persona concernida en «*acto de un adicto*», sino solo aquellos relacionados con su adicción.
- c) Incidencia apreciable en la voluntad del sujeto, disminuyéndola.

Por ello, el simple consumo no permite *sic et simpliciter* la aplicación de la atenuante de drogadicción. SSTs 609/1999; 1201/2003; 1156/2003; 763/2005; 259/2009 o 1057/2010.

Paralelamente, una *larga data de consumos*, es decir en consumidores de larga duración que pueden presentar asociados problemas psicológicos, presentándose una patología dual: la derivada de las drogas y del trastorno psicológico, la atenuante e incluso la eximente incompleta puede proceder (STs 14 de Abril de 2005), ya que puede quedar severamente lesionada la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la antijuridicidad que proclama la norma —STs 1535/2003 y STs de 17 de Febrero de 2009—, por ello precisamente cuando se aprecie una *patología dual*, es decir, una alteración psicológica unida a una drogadicción debe aplicarse *un solo* expediente atenuatorio o de exención incompleta, ya que se trata de una situación doble pero que se interrelaciona entre sí y opera sobre una misma persona —STs 1301/2009—.

4. Ha de posibilitarse un *tratamiento unitario y por tanto integral* de todo drogodelincuente. Es normal que por los diversos ritmos de consumos y de actividad delictiva, no coincidan los tratamientos de desintoxicación con la actividad delictiva. En todo caso, resulta necesario propiciar un tratamiento unitario, lo que puede justificar la adopción de las medidas alternativas en ejecución de sentencia cuando en la

misma no se haya apreciado pero existan otras resoluciones que en el tiempo coincidente *sí* lo hayan apreciado. Es obvio que una misma persona no puede ser adicta y no adicta en la misma época y en relación a delitos del todo análogos —SSTS 2037/2001 o 15/2000—.

5. Ampliación de los tratamientos alternativos a la prisión previstos en el art. 104 CP *también* para los supuestos de aplicación de simple atenuante. El texto legal lo reduce a los casos de eximente o eximente incompleta, incomprensiblemente. Ya en época temprana, la Sala II suplió esta grave imprecisión u olvido del legislador —SSTS 145/2000; 628/2000; 1459/2000; 1374/2002; 1520/2001 o 1687/2001, más recientemente STS 491/2011 de 24 de Mayo—.

6. La suspensión de condena del art. 87 CP.

Sin desconocer que el texto inicial del art. 87 del CP vigente de 1995 ya ofrecía ventajas y mejoras frente al viejo art. 93 bis del CP 1973, empezando porque se renunciaba a que se tratase de delincente primario admitiéndose de manera fundada la posibilidad de su aplicación a los reincidentes y el límite de la pena de prisión se ampliaba hasta los 3 años, hay que convenir que la reforma de la L.O. 15/2003 en este concreto aspecto introdujo indudables ventajas en la materia de suspensión de condena a drogodelincentes por la adopción de un tratamiento deshabitador.

La reforma incide en dos aspectos positivos:

- Se amplía hasta cinco años el límite máximo de la pena de prisión susceptible de sujetarse por la adopción de un tratamiento de deshabitación.
- Se mejora el control judicial exigiendo, además de los informes del centro, el del médico forense y se acuerda un control periódico, nunca superior a un año.

En relación al concepto de abandono a que se refiere el párrafo 4.º, parece claro que por tal habrá de estimarse no una interrupción episdódica o desfallecimiento coyuntural, sino que debe verificarse la voluntad de la persona concernida en rechazar el tratamiento. También se mantiene la definitiva remisión de la pena por el buen resultado del tratamiento, lo que sin duda debe ser calificado como un *indulto atípico* concedido por el propio sistema judicial por el buen resultado del tratamiento deshabitador, con lo que el cumplimiento de la pena de prisión en tal situación carecería de toda justificación, pudiendo tener el efecto perverso de provocar la recaída en los consumos de la persona concernida.

V. El nuevo tipo atenuado del art. 368-2.º CP

1. Origen

El origen de este nuevo tipo privilegiado del párrafo 2.º del art. 368 CP según el cual:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369bis y 370».

Se encuentra en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de 25 de Octubre de 2005 como expresamente se reconoce en el apartado XXIV del Preámbulo de la L.O. 5/2010:

«...Asimismo se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional... En relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa peligrosidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de los arts. 369 bis., 370 y siguientes...».

A la vista del texto introducido es evidente que se permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho lo que nos conecta directamente con una *menor antijuridicidad*, y a las circunstancias personales del autor, lo que nos reenvía a una *menor culpabilidad*.

2. Naturaleza

Se trata por tanto de un nuevo tipo privilegiado que opera tanto en relación a las drogas que no causen grave daño a la salud, como a aquellas que causan grave daño, es decir, opera tanto en las drogas duras como en las blandas.

No se trata de un tipo que *ex lege* designe una nueva pena para tales supuestos, sino que opera como un supuesto de *discrecionalidad* reglada que se le atribuye al juzgador, no de otra forma debe interpretarse la dicción «...los Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado...».

3. Requisitos

El ejercicio de esa discrecionalidad reglada viene de la mano de *dos parámetros* relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor.

Sin duda, la razón de la acogida por el legislador de la petición de la Sala II no es otra que mejorar la proporcionalidad en la respuesta penal, ampliando el arbitrio judicial lo que supone un reconocimiento de que todo enjuiciamiento es una actividad esencialmente individualizada, y no seriada, y enlazado con ello, que la proporcionalidad que tiene un doble destinatario el legislador y el juzgador, tiene un mejor y más acabado reconocimiento con este nuevo tipo que amplía el arbitrio jurisdiccional. No hay que olvidar que en referencia a la actividad jurisdiccional, la proporcionalidad es el «...eje definidor de cualquier decisión judicial...» SSTs de 18 de Junio 1988; 747/2007; 1948/2002 o 500/2004, sin contar con la referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo art. II-109 reconoce el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas —BOE de 21 de Mayo de 2005— a la que se refieren varias sentencias de la Sala II —STS 827/2010, entre las últimas—.

Hay que recordar que ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial en relación al Anteproyecto del Código Penal del año 2006, se refería a la conveniencia de prever un tipo atenuado para evitar una respuesta punitiva desproporcionada «...en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia o las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta...».

En el texto legal el ejercicio de tal discrecionalidad viene de la mano, como hemos dicho, de la menor antijuridicidad y de la menor culpabilidad.

Por menor antijuridicidad, y por tanto, escasa entidad del hecho y por tanto escasa afectación al bien jurídico protegido —la salud pública—, debe entenderse con transmisiones de escasa cantidad y calidad de droga ya poseída por el autor con vocación de tráfico ya objeto de la transmisión enjuiciada.

Evidentemente conectando esta «escasa entidad» con el principio de insignificancia, es claro que debe tratarse de transmisiones por encima de los mínimos psicoactivos tenidos en cuenta por la Sala II de acuerdo con el Informe del Instituto nacional de Toxicología. Es decir, debe tratarse de cantidades netas superiores a los 50 miligramos de cocaína, 1 miligramo de heroína, 10 gramos de hachís, 20 miligramos de LSD, 20 miligramos de MDMA ó 2 miligramos de morfina.

Las cantidades concernidas, lo normal es que se concreten en una sola papelina, pero estimo que no hay objeción legal a que se aplique el tipo atenuado cuando también se incauten varias papelinas, debiendo en tal caso tenerse en cuenta el peso neto total.

Por la menor culpabilidad debe tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor. Estas circunstancias atenuatorias deben ser *distintas* de aquellas que se configuran como atenuantes legalmente reconocidas en el art. 21 C.P., y en relación al acto o actos de tráfico, estos se proyectan sobre las ventas «*al menudeo*» del drogodelincuente que de este modo financia su adicción.

Por ello, no es obstáculo, no debe ser obstáculo que la persona concernida haya vendido a otras personas o se le ocupe droga con tal vocación pues la proyección sobre los actos de la venta «*al menudeo*» no excluyen una cierta reiteración de los mismos o que el escenario sea el habitual de tales ventas al menudeo.

Una cuestión relevante es si esa menor antijuridicidad y menor culpabilidad deben concurrir conjuntamente. Primera fase, y en una lectura inicial se podría concluir que el tipo privilegiado exige la concurrencia de los dos en virtud de la conjunción copulativa «y» y no «o». Es cuestión que debe resolverse en la interpretación judicial de este precepto, pero es lo cierto que también puede sostenerse que dada la razón del tipo bastaría la concurrencia bien de la menor culpabilidad o una menor antijuridicidad, *ya que la concurrencia de uno solo de tales parámetros justificaría*, razonadamente, la aplicación de la discrecionalidad reglada que el tipo concede a los Tribunales.

4. *Una última observación*

Hemos dicho que se está en presencia de la *facultad discrecional* de imponer una penalidad inferior, ello supone que la respuesta ordinaria sigue siendo el art. 368-1.º Cpenal. Ahora bien, esta facultad discrecional no es, *no debe ser entendida como una facultad excepcional*, y ello queda abonado porque existen *dos* sustanciales diferencias entre el texto del Proyecto y el texto Legal.

En efecto, en el Proyecto de Ley —Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 15 de Enero de 2007— el texto del actual párrafo 2.º del art. 368 es como sigue:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en un grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurre alguna de las circunstancias a que hace referencia en los arts. 369, 369 bis y 370 y siguientes.»

Recordemos que la redacción legal es como sigue:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Obviamente, las modificaciones fueron provocadas por una Enmienda del Grupo Socialista propuesta ante el Congreso de los Diputados y que se justifica por dar una mayor potenciación al arbitrio judicial.

5. Conclusión

Dos consecuencias se derivan del actual texto:

- a) La vocación del tipo privilegiado de convertirse de hecho en la respuesta *normal*, no excepcional, siempre que se den los casos de menor antijuridicidad o menor culpabilidad. En todo caso el ejercicio de tal facultad debe ser justificado —como también cuando se opte por la respuesta ordinaria—.
- b) La apertura del tipo atenuado a los supuestos agravados del art. 369 CP; en tal sentido, habrá de estarse a la interpretación y aplicación jurisdiccional del mismo, pero no es difícil ni aventurado prever su aplicación en casos de ventas al menudeo en las proximidades de centros docentes, establecimientos penitenciarios o de rehabilitación o de distribución a menores —supuestos de los párrafos 4.º y 7.º del actual 369—. Más difícil será en el resto de supuestos del artículo.

VI. La aplicación jurisprudencial del art. 368-2.º CP

La Sala II está realizando una abundante y generosa aplicación de este nuevo tipo privilegiado, como lo acreditan las sentencias que sin ningún ánimo exhaustivo se citan.

STS 32/2011 de 25 de enero

Fue la primera sentencia que aplicó el tipo atenuado del art. 368-2.º.

Retenemos el siguiente párrafo contenido en el penúltimo párrafo del f.jdco. tercero en el caso de «...ofrecimiento en venta por el con-

denado a funcionarios policiales de paisano de sustancias estupefacientes, en concreto, se le ocupó en posesión de 0'650 gramos de cocaína con una concentración del 14'4 % y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina, diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente tenía destinadas a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56'94 euros...».

Se dice en la sentencia que se está en presencia de un vendedor de papelinas que constituye el último eslabón de la venta al menudeo siendo adicto al consumo de drogas, considerándose que esta situación encaja en el tipo privilegiado, teniendo en cuenta la escasa gravedad del hecho y la menor culpabilidad del sujeto.

STS 51/2011 de 11 de febrero

En el caso de la ocupación de cinco papelinas de heroína con un peso total de 1'8 gramos con valor económico no establecido y por persona emigrante que se dedicaba a la venta al menudeo, y por lo tanto situado en el último eslabón de la cadena existiendo duda sobre su condición de consumidor.

STS 168/2011 de 22 de marzo

En este caso se trataba según el *factum* de una mujer, Marina, conocida por Paola que trabajaba en un club de alterne y que facilitaba a los clientes que acudían al mismo, y le demandaban, cocaína. Según el relato en el registro de su taquilla se le encontraron 28 papelinas con un peso total de 11'346 gramos de cocaína con una concentración del 24'8% y un valor en el mercado de 899'93 euros y 10 euros. Dicha substancia la tenía para su entrega a los clientes.

Ya en la fundamentación, al resolver el motivo séptimo del recurso de la insinuada Marina se razona que la petición de la recurrente de que se aplicase el tipo privilegiado del art. 368-2.º Cpenal «...es razonable y lo apoya el Fiscal. En la hipótesis concernida, aunque no nos enfrentemos a un acto aislado de tráfico, sino a múltiples actos, no impide considerar el hecho de escasa gravedad por tratarse de venta al menudeo, llevado a cabo por persona adicta y en el marco de una relación de prostitución, cuyas condiciones de trabajo vienen impuestas por la disciplina de los encargados del local...».

En consecuencia se estimó este motivo y se le impuso la pena de un año de prisión y seis meses y multa de 600 euros, frente a la condena de tres años de prisión que se le impuso en la instancia.

STS 241/2011 de 11 de abril

En el caso de vendedor de una sola papelina de cocaína sin ocupársele más sustancias, siendo el sujeto extranjero, en situación irregular en España.

STS 242/2011 de 6 de abril

En el caso de una vendedora de dos papelinas de cocaína de 0'20 y 0'24 gramos al 28% y 27%, que constituye el último eslabón de venta al menudeo con una invocada —pero no probada— adicción a sustancias estupefacientes.

STS 298/2011 de 19 de abril

En el caso de venta de una papelina de cocaína de 0'51 gramos y concentración del 49'93%, por importe de 30 euros.

STS 337/2011, de 18 de abril

En el caso de la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0'090 gramos y una concentración del 85'5%, con un valor en el mercado de 13'07 gramos.

STS 374/2011 de 10 de mayo

Una única venta de una papelina de 0'89 gramos de cocaína con una concentración del 39'41%, venta esporádica por quien está situado en el último eslabón de la cadena de venta, sin que consten circunstancias de tipo personal, ni la de adicto.

Se dice en dicha sentencia que «...Hay razones poderosas para estimar que dicho tipo tiene la vocación de constituirse en la respuesta no excepcional a la venta de drogas al menudeo...» y cita el Proyecto de Ley en donde se hacía referencia a la utilización excepcional que ha desaparecido en el texto legal.

STS 400/2011 de 11 de mayo

Venta de un revuelto de heroína y cocaína con 0'91 gramos en total con una concentración respectiva de 36'6% y 9'4%.

STS 420/2011 de 17 de mayo

Venta esporádica de 3 gramos y 910 miligramos de cocaína con una concentración del 36'22%.

STS 448/2011 de 19 de mayo

Única venta de una papelina de cocaína de 0'421 gramos de cocaína con una concentración del 17'50%, equivalente a un neto de cocaína de 73 miligramos. No se apreciaron circunstancias de tipo personal en el condenado.

Retenemos el siguiente párrafo:

«...En el presente caso, en relación a las circunstancias personales solo aparece en la sentencia la condición de extranjero pero sin que conste ningún dato más. En tal situación estimamos que es *suficiente* con la menor antijuridicidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que *no es preciso* que concurren de forma conjunta la menor antijuridicidad y la menor culpabilidad, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro...».

STS 464/2011 de 12 de mayo

Se le ocupan diversas sustancias y mezcla de heroína y cocaína con un peso de 5 gramos y una concentración del 29'5% más 2 gramos de hachís, lo que no obsta a la menor gravedad del hecho. Eran dos personas que actuaban conjuntamente.

Retenemos este párrafo:

«...La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta gravedad habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. Estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal...».

STS 479/2011 de 1 de junio

Los hechos enjuiciados se refieren a un acto de «*trapicheo*» a dos personas en unidad de acto, entregándoles mínimas dosis de droga, a cambio de 10 euros a cada una. No se consignan en la sentencia de

instancia otros actos de venta que pudieran superar una dedicación a esa actividad.

STS 482/2011 de 31 de mayo

El condenado fue detenido en un control aleatorio de tráfico ocupándosele 18 gramos de cocaína al 67'1%, equivalente a 12'02 gramos netos. No se dispone de otros elementos. No se ha acreditado actos de tráfico, sino solo tenencia.

STS 501/2011 de 2 de junio

Venta de 0'139 gramos de cocaína y 0'036 gramos de heroína, sin más datos.

A continuación se citan *sentencias que no han aplicado* el tipo atenuado del art. 368-2.º C.P.

STS 239/2011 de 6 de abril

Venta de 0'074 de anfetamina al 80'80% a cambio de 40 euros. Al vendedor se le encontraron 20 euros más de ventas anteriores.

Se dice que «...el hecho consistió en actos reiterados de tráfico y personalmente el acusado no está revestido de ninguna específica calidad que aconseje considerarle merecedor de pena inferior en grado a la prevista en los casos generales...».

La sentencia tiene un Voto Particular a favor de la aplicación del tipo atenuado.

STS 269/2011 de 14 de abril

El dato que hace que no sea recomendable la aplicación del tipo atenuado es que no se está en presencia de una venta esporádica, sino que los policías actuantes relataron dos diferentes operaciones de venta en el plazo de tres días, y además se le ocuparon al condenado un número escaso, pero plural, de papelinas (2 envoltorios de heroína, según el *factum*).

STS 270/2011 de 20 de abril

Ocupación de 18 pastillas de éxtasis dedicándose a la venta en el interior de una discoteca sin que consten circunstancias personales dignas de mención.

STS 292/2011 de 12 de abril

Pluralidad de actos de tráfico a los que se dedicaba el condenado durante dos horas al día.

STS 344/2011 de 28 de abril

Declara incompatible el tipo atenuando con la agravante de notoria importancia, 1970 gramos de cocaína al 64'6% oculta en una maleta.

STS 485/2011 de 25 de mayo

Ocupación de 100 pastillas de MDMA, se estima que *no* es episodio de escasa entidad.

Como reflexión final hay que manifestar la satisfacción por la introducción de este tipo atenuado y en general con la reducción operada del abanico penal del tipo básico y de los subtipos agravados.

Se es más respetuoso con el principio de proporcionalidad y se aleja del espejismo de que la Ley es más eficaz cuanto sea más represiva, como con tanta frivolidad se predica en ocasiones.

Ya Beccaria nos advertía que «tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronto y más vecina al delito cometido».

Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada

Juan Muñoz Sánchez

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga

I. La actual política criminal de drogas

El actual modelo de política sobre drogas se configuró a nivel internacional a partir de la Convención de Naciones Unidas de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹. Esta Convención representa un cambio respecto a los instrumentos internacionales anteriores². En 1988 se pone el énfasis no solo en las referencias a la salud, como hacían los anteriores convenios, sino que se coloca el acento en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico de drogas. Nos encontramos con una Convención que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos³.

Representa una opción de política criminal que parte de la convicción de que la única forma de luchar contra las drogas ilegales es la represión penal a fin de impedir el acceso de los individuos a tales sustancias mediante la amenaza penal. Se demanda a los países miembros el castigo penal de cualquier conducta, por mínima que sea, que contribuya al consumo, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no, incluyendo la punición de las conductas orientadas al consumo, como el cultivo, la adquisición y la posesión para el consumo personal.

¹ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. BOE 10 de noviembre 1990, núm. 270.

² Convención Única de estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, BOE 4 de noviembre de 1981, núm. 264; Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, BOE 10 de septiembre de 1976, núm. 218.

³ Para un análisis minucioso de las propuestas de Naciones Unidas, véase Díez Ripollés, «La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1987.

Tal política criminal de drogas se implantó en las legislaciones de la gran mayoría de los países. España se sumó a esta política de drogas mediante la aprobación de la Ley Orgánica 1/1988⁴, separándose de la Convención en dos aspectos: mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño a la salud y las que no, y no da el paso demandado por Naciones Unidas de la punición de las conductas orientadas al consumo, aunque posteriormente la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana viene a sancionar el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos y la tenencia ilícita aunque no estuviera destinada al tráfico⁵. El modelo español de política criminal de drogas se completó con la aprobación de la Ley Orgánica 8/1992⁶. Posteriormente los delitos de tráfico de drogas han sido objeto de reforma en la Ley Orgánica 13/2003, de 25 de diciembre y en la Ley Orgánica 5/2010, de 20 de diciembre⁷.

II. Fracaso de la política prohibicionista

Los más de veinte años de vigencia de este modelo prohibicionista nos permiten realizar un análisis crítico de los resultados obtenidos, así como analizar las tendencias que han aflorado orientadas a ofrecer una respuesta racionalizadora a los problemas que plantea la realidad de las drogas.

Respecto a si se han logrado los objetivos y metas propuestas, es evidente que después de más de veinte años de vigencia del modelo prohibicionista no se puede afirmar que haya disminuido el tráfico y consumo de drogas ilegales; al contrario, ha existido un aumento progresivo del consumo de estas sustancias y tal tendencia al alza se ha estabilizado, en niveles muy altos, aunque se ha descendido en los últimos años en el consumo de algunas sustancias.

⁴ Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo de Reforma del Código penal en materia de tráfico de drogas, BOE 26 de marzo 1988 núm. 74. Véase un análisis exhaustivo de la citada ley en Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, 1989.

⁵ Artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana, BOE 22 de febrero de 1992, núm. 46.

⁶ Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de drogas, BOE 24 de diciembre de 1992, núm. 308.

⁷ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre, BOE n.º 283 de 26 de noviembre de 2003 y Ley Orgánica 5/2010, BOE 152, de 23 de junio de 2010.

El Informe Anual de 2010 del Observatorio de las Drogas y Toxicomanía, la Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES 2009/2010) y el Informe de la Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Secundaria (ESTUDES) 1994-2008 constatan que en los países miembros de la Unión Europea y, en particular en España, en los últimos años, desde 1995 a 2008, se ha producido un aumento progresivo del consumo de cocaína en polvo y del cannabis, las dos sustancias que más se consumen en el mercado ilegal.

Por lo que se refiere a los países miembros de la Unión Europea, el Informe Anual de 2010 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía declara que desde los años noventa se ha experimentado en Europa una escalada en el consumo de cannabis, y que tal tendencia al alza se ha estabilizado, con una reducción en los últimos años, pero manteniéndose en unos niveles máximos históricos:

- Se estima que más de 75 millones y medio de europeos entre 15 y 64 años han consumido alguna vez cannabis, lo que supone más de 1 de cada 5 europeos comprendidos entre 15 y 64 años.
- En el consumo del último año se declara un nivel de consumo considerable, aunque los niveles de consumo son ligeramente inferiores a los aportados en el Informe de 2007. Se estima que más de 23 millones de europeos adultos consumieron cannabis durante el último año, lo que equivale a un 6,8% de los europeos comprendidos entre 15 y 64 años.
- Respecto a las personas que consumen cannabis más frecuentemente, se estima que 12 millones y medio de europeos adultos han consumido drogas en el último mes. También aquí se produce una revisión a la baja respecto a los 13 millones que se mencionaban en el Informe de 2007.

Tales porcentajes aumentan si los datos se refieren a jóvenes adultos (15-34 años) o jóvenes (15-24 años):

- El 31,6% de todos los jóvenes adultos europeos consumieron cannabis alguna vez
- El 12,6% lo hicieron durante el último año
- El 6,9% consumieron en el último mes
- El 16% de los jóvenes consumieron cannabis el último año
- El 8,4% de los jóvenes consumieron cannabis el último mes.

Respecto al consumo de cocaína, el citado Informe estima:

- Más de 14 millones de europeos adultos han consumido alguna vez esta sustancia

- En el último año unos 4 millones de europeos adultos consumieron cocaína, lo que supone una leve rebaja en relación a los años anteriores
- La prevalencia del consumo habitual se sitúa en 2 millones de europeos.

En los países con mayor prevalencia (Reino Unido y España) el consumo de esta sustancia aumentó mucho en los últimos años de la década de los noventa, antes de mostrar una tendencia más estable, aunque generalmente al alza.

Entre los adultos jóvenes (15-34 años):

- 8 millones la han consumido alguna vez
- 3 millones la han consumido en el último año
- 1 millón y medio la ha consumido en el último mes.

La Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas (EDADES 2009/2010) permite constatar esta tendencia en el consumo de estas sustancias en España.

Respecto al consumo de cannabis, la Encuesta confirma que el consumo se mantiene estable desde 2003, con unos niveles muy altos:

- El consumo alguna vez en la vida ha llegado hasta un 32,1%, desde un 14,5% en 1995
- El consumo en el último año alcanza un 10,6%, desde un 7,5% en 1995
- El consumo de los últimos 30 días alcanza un 7,6%, lo que supone un aumento considerable en relación con los datos de 1997, un 4,6%
- El consumo diario se ha estabilizado en torno a un 2%, desde un 0,7% que se data en 1995
- Por lo que respecta al consumo de cocaína, las tendencias temporales desde 1995 han ido en aumento progresivo
- El consumo alguna vez en la vida ha ido desde un 3,4% en 1995 hasta 10,2% en 2009/2010
- El consumo en último año ha tenido una progresión desde un 1,8% en 1995 a un 3,6% en 2009/2010
- El consumo en el último mes se ha situado en 2009/2010 en un 1,2%, desde un 0,9% en 1995
- Por primera vez en 2009/2010 ha descendido el consumo en el último año y en el último mes.

Esta Encuesta aporta otro dato significativo sobre el tráfico de estas sustancias: la disponibilidad de las drogas percibida.

En general la población española percibe que es bastante fácil acceder a estas drogas ilegales:

- Más de un 39% de la población española entre 15 y 64 años considera que es fácil o relativamente fácil conseguir cualquier de las principales drogas en el plazo de veinticuatro horas
- Si se trata de cannabis el porcentaje asciende al 59,8%, y si se trata de cocaína al 48,9%
- Es cierto que entre 2005 y 2007 se ha producido un cambio de tendencia, descendiendo la disponibilidad percibida de estas sustancias: el cannabis desciende de un 66,4% a un 59,8% y la cocaína desde un 53,3% a un 48,9%.

Por último, el Informe de la Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Secundaria (ESTUDES 1994-2008) confirma la tendencia al alza en la prevalencia del consumo de cannabis y cocaína, si bien desde 2004 se ha producido un cierto descenso, pero manteniéndose aún en un porcentaje elevado.

Los datos respecto del cannabis son los siguientes:

- Un 35,2% han consumido alguna vez
- Un 30,5% son consumidores habituales
- Un 20,1% lo han consumido en el último mes.

Se observa un descenso significativo desde 2004, tanto en la proporción de los que lo han consumido alguna vez, de un 42,7% ha pasado a un 35,2%, como de los que lo consumen actualmente, de un 25,1% a un 20,1%.

En el consumo de cocaína desde 1994 hasta 2007 se constata un ascenso en todos los índices de prevalencia:

- Respecto al estudiante que ha consumido alguna vez pasa de un 2,5% en 1994 a un 5,1% en 2007
- En el consumo del último año de un 1,8% en 1994 a un 3,6% en 2007
- Y en el consumo actual se ha pasado de un 1,2% en 1994 hasta un 2% en 2007
- También aquí se ha producido un descenso importante desde 2004 en todas las prevalencias:
- En el consumo alguna vez en la vida se ha pasado de un 9% en 2004 a un 5,1% en 2007
- En el consumo en el último año, de un 7,2% en 2004 a un 3,30% en 2007
- En el consumo de los últimos 30 días de un 3,8% en 2004 a un 2% en 2007.

Por lo que respecta a la disponibilidad percibida, tanto en el cannabis como en la cocaína, se constata un aumento progresivo desde 1994 a 2004 y un importante descenso desde este año a 2007:

- En 1994 el 30,8% de los estudiantes perciben que era fácil o muy fácil conseguir cannabis. Este porcentaje aumenta hasta un 71,8% en 2004 y cae a un 63,6% en 2007
- Igual ocurre con la cocaína, pero con índices menores, en 1994 el porcentaje que considera fácil o muy fácil adquirir cocaína era de 26,7%, ascendiendo hasta un 46,70 % en 2004 y en 2007 desciende hasta un 32,7%.

Es cierto que estos estudios también ponen de manifiesto que se han disminuido los problemas más graves relacionados con el consumo de drogas, como las muertes inducidas por el consumo de drogas y el número de inyectores de drogas infectados por SIDA.

Según el Informe Anual de 2010 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanías, Europa registró un aumento notable del número de muertes durante la década de los ochenta y principios de los noventa, coincidiendo con el aumento del consumo de heroína y el uso de la vía parenteral. Entre 2000 a 2003 se produjo una disminución (23%), seguido de un aumento posterior entre 2003 a 2007 (11%). Los datos de 2008 sugieren una cifra igual que 2007.

En Europa las muertes por sobredosis de opiáceos es una de las causas principales de muerte de los jóvenes

- Entre el 10% y el 23% de la mortalidad de la población entre 15 a 49 años puede atribuirse al consumo de opiáceos
- El número de muertes por sobredosis que se han notificado en la Unión Europea en las últimas dos décadas equivale a una muerte por sobredosis cada hora
- A finales de 2008 la incidencia de diagnósticos de VIH entre los consumidores de drogas sigue siendo baja en la mayoría de los países de la Unión Europea: 2,6 casos por cada millón de habitantes.

Estos resultados, sin duda alguna, son consecuencia de la mayor oferta de medidas de prevención, tratamiento y reducción de daños incorporados en los últimos años. Una mayor facilidad de acceso a los tratamientos, un mayor repertorio de enfoques, incluyendo tratamientos de sustitución, mejoran los índices de retención del tratamiento, lo cual ha contribuido de forma importante en reducir el número de muertes relacionadas con las drogas.

Por otra parte, en Europa se ha incrementado los programas de reducción de daños

- El suministro de jeringuillas y agujas constituye una práctica en todos los países: 40 millones de jeringuillas se distribuyen en toda Europa
- Las salas de consumo son consideradas por algunos estados un componente útil dentro de las respuestas a algunas formas de consumo problemático: actualmente hay más de 70 salas de consumo en la Unión Europea y Noruega.

La confirmación del fracaso de la política criminal de drogas en eliminar o reducir sensiblemente el tráfico y el consumo de drogas ilegales se ha reconocido por las propias instancias internacionales en distintos ámbitos.

La Declaración Política de la Comisión de Estupefacientes del 52 periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸ reconoce expresamente que «el problema de las drogas sigue siendo una grave amenaza para la salud, la seguridad y el bienestar de toda la comunidad y en particular de la juventud. Además, el problema mundial socava el desarrollo sostenible, la estabilidad política y las instituciones democráticas (...) y constituye una amenaza para la seguridad nacional y el Estado de derecho».

El Parlamento Europeo en su Recomendación al Consejo sobre la Estrategia Europea en materia de lucha contra las drogas⁹, de forma contundente reconoce el fracaso de la política europea en la lucha contra las drogas: «Es un hecho que entre los ciudadanos europeos aumenta el consumo de estupefacientes, lo cual es la señal más evidente de que las políticas represivas y prohibicionistas no sirven para hacer frente al comercio de drogas, que continúa siendo una de las fuentes de ingreso más importantes del crimen organizado y de las organizaciones terroristas (...). La actual Estrategia no logra alcanzar los objetivos de proteger a los individuos y mejorar el bienestar de la sociedad (...). La actual Estrategia no inquieta de hecho a las mafias y a las organizaciones criminales, antes bien aumenta el volumen de negocios anual debido a la entrada de droga (...). De los objetivos principales establecidos en la Estrategia contra la droga en la Unión

⁸ E/CN.7/2009/n.º 2.

⁹ Informe sobre una propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la Estrategia Europea en materia de Lucha contra la Droga (2005-2012) (2004/2221(INI)). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Parlamento Europeo. FINAL A6-0067/2004.

Europea (2000-2004) en ninguno de ellos se han conseguido resultados favorables».

La constatación del fracaso del modelo actual de la política sobre drogas en la consecución de sus objetivos y en los demás efectos colaterales para la salud de los consumidores y de la sociedad en general ha determinado una tendencia internacional que exige la revisión de los principios sobre los que ha venido trabajando en todo el mundo, derivados de las Convenciones de Naciones Unidas de 1961, 1971 y 1988, que consagran el modelo prohibicionista. Esta tendencia ha asumido la política de reducción de daños como modelo de política de control de las drogas.

Con la Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003, relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia¹⁰, la política de reducción de daños empezó a ser una posición común en la Unión Europea. Tal Recomendación establece el deber de los estados miembros de fijar como objetivos de salud pública la prevención de la drogodependencia y la reducción de los riesgos asociados a esta. En concreto establece que los estados miembros deben:

- Ofrecer información y asesoramiento a los consumidores de drogas para facilitar la reducción de riesgos y facilitar su acceso a los servicios oportunos
- Proporcionar tratamientos sin drogas, así como tratamientos de sustitución de opiáceos
- Facilitar a los drogodependientes encarcelados un acceso similar a los servicios que se prestan a los drogodependientes que estén en libertad
- Proporcionar el acceso a la distribución de preservativos y material de inyección, así como programas y centros para su intercambio.

En el año 2004, el Parlamento Europeo aprueba una Recomendación al Consejo sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012)¹¹, en la que considerando:

- El fracaso de la política sobre drogas en la consecución de sus objetivos

¹⁰ DOL 165 de 03. 07. 2003.

¹¹ Informe sobre una propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012), *cit.*

- Que las políticas alternativas hoy en día logran mejores resultados en muchos Estados miembros, entre otros la disminución de fallecimientos por consumo de estupefacientes, la protección de la vida y la reinserción social y económica de los drogodependientes, recomienda al Consejo Europeo y al Consejo en relación con la política de la Unión Europea sobre las drogas:
- Proponer unos medios totalmente distintos de los indicados para conseguir el objetivo general del proyecto de Estrategia de la Unión, dando prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, a la mejora de su bienestar y protección, con un planteamiento equilibrado e integrado del problema, ya que los propuestos son inadecuados
- Incrementar la disponibilidad de programas de reducción de daños.

El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la recomendación de 18 de junio de 2003¹² pone de manifiesto que todos los estados miembros disponen de políticas e iniciativas que reflejan en gran medida las de la recomendación.

La Estrategia Europea en materia de lucha contra las drogas (2005-2012)¹³ y el Plan de Acción en materia de lucha contra las drogas (2005-2012)¹⁴ insisten en que el enfoque integrado que combina la reducción de la demanda y el control de la oferta seguirá siendo la base del planteamiento de la Unión Europea relativo al problema de la droga en el futuro y pretenden fomentar la utilización de instrumentos existentes y desarrollar nuevos instrumentos.

Por último, la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas¹⁵ presenta una diferencia importante respecto a la Convención de Viena de 1988, pues se excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

Este cambio de paradigma en la lucha contra la droga ha hecho posible que en Europa en la última década se haya incrementado y extendido los programas de reducción de daños.

La introducción de esta política asistencial de reducción de daños se ha realizado sin modificaciones en el marco legal; marco legal hecho

¹² COM (2007) 199 final de 18.04. 2007.

¹³ Nota de la Secretaría General al Consejo Europeo 150/74, de 22 de noviembre de 2004.

¹⁴ Boletín Oficial de la Unión Europea 2005/C/168/01.

¹⁵ Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004.

a semejanza de la Convención de Naciones Unidas de 1988. La coexistencia de una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica.

Por lo que se refiere a las contradicciones, hay que destacar que desde la perspectiva de la reducción de daños se acepta el fenómeno del consumo de drogas, pero desde la perspectiva legal se sigue prohibiendo tal consumo. Ello determina contradicciones como que mediante un programa la sociedad se ocupa de crear condiciones higiénicas de consumo o de repartir jeringuillas a los consumidores, pero no se puede controlar la calidad de la sustancia consumida, o no se permite al consumidor obtener esa sustancia de forma legal, ni siquiera se considera lícita la mera tenencia de esa sustancia para el consumo personal.

En relación con las tensiones que genera en la práctica la coexistencia de estos dos modelos, se constata que la realización de muchos de estos programas presentan problemas de adecuación al marco legal, como lo demuestra que este tipo de iniciativas requieren el previo dictamen legal sobre su viabilidad. En nuestro país estas iniciativas se han ido abriendo paso en el marco de proyectos de investigación médica o científica, para así no presentar problemas con la regulación administrativa de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pues la Ley de estupefacientes de 1967 y el Real Decreto que regula las sustancias psicotrópicas de 1977 no autorizan la posesión o uso de estas sustancias, salvo con fines de investigación médica o científica.

Todo lo anterior supone, en la práctica, un freno considerable a la política de reducción de daños y pone de manifiesto que la solución es optar por otro modelo de control social de las drogas, que no se centre en la represión y persecución penales, sino que ponga el énfasis en la prevención de la demanda y en la asistencia de los consumidores. Solo con un cambio legislativo en este sentido se pueden hacer realidad los objetivos de la reducción de daños.

III. La política alternativa de despenalización controlada

El correcto abordaje del control de las drogas debe partir de una postura realista¹⁶. En este sentido debe reconocerse que no ha existido nunca ni probablemente existirá en el futuro una sociedad sin drogas,

¹⁶ En este sentido DIEZ RIPOLLÉS, «El control penal del abuso de drogas: una valoración político criminal», en *Consumo y control de drogas: reflexiones desde la ética*, Fundación de Ciencia de la Salud, 2004; MUÑOZ SÁNCHEZ, «Política criminal de drogas. Reflexio-

que las drogas suelen ser sustancias que producen un indudable bienestar personal, por más que su consumo en determinadas circunstancias resulte o pueda resultar dañino para la salud individual y represente un peligro para la salud pública¹⁷, y que el ser humano ha sabido desarrollar respecto a prácticamente todas las drogas pautas de consumo responsable, que le han preservado de los efectos nocivos que poseen determinadas cantidades, frecuencia o administración y, por tanto, no es un consumo problemático¹⁸.

Cuando se habla de despenalizar las drogas se está aludiendo a cambiar las bases del control social de estas sustancias, a entrar en un proceso de regulación y control, dejando el instrumento penal solo para las conductas que más gravemente infrinjan este control. Despenalizar no significa que no haya control sobre estas sustancias.

En definitiva, se trata de eliminar en gran parte la intervención de un sistema de control de escasa eficacia y graves efectos negativos y, al mismo tiempo, dar mayor espacio a la intervención de un modelo de control más adecuado, como el informativo-educativo, el terapéutico-asistencial y que tome como base el control administrativo¹⁹. Significa el control de la calidad de las sustancias, de la prohibición del suministro a menores, del control del uso en determinadas actividades, de la prohibición de la publicidad, del control administrativo de la actividad productiva y comercio para impedir la formación de monopolios y nuevas formas de injerencia del crimen organizado en este sector.

Las medidas que se han de tomar desde este planteamiento han de estar orientadas en el siguiente sentido:

1. Medidas que no empujen a la transgresión penal a los drogodependientes para financiar su dependencia

nes en torno a la normalización del cannabis», en *Hablemos del cannabis*, Universidad de Deusto, 2007.

¹⁷ Perciben las drogas como un elemento más de la vida social, elemento que puede generar conductas que pueden comportar riesgos para la salud pública de la sociedad: GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, «Posibilidades y límites de una nueva política criminal liberalizadora», en *Repensar las drogas*, Grupo IGIA, 1989, p. 115; FUNES ARTIAGA, «Aspectos preventivos y asistenciales», en *¿Legalizar las drogas? Criterios técnicos para el debate*, Editorial Popular, 1991, p. 205

¹⁸ Véanse en este sentido MEGÍAS, «Introducción», en *Consumo y control de drogas: reflexiones desde la ética*, cit., quien pone de manifiesto que la estrategia sobre las drogas debe partir de un consumo de drogas, no tanto por razones de inevitabilidad cuanto por motivos lúdicos, sociales o rituales.

¹⁹ BARATTA. «Introducción a una sociología de las drogas», en *¿Legalizar las drogas?*, cit., 1991, pp. 67-68.

2. Medidas que no obliguen a las personas que deseen consumir drogas a relacionarse con circuitos de marginalización y de tipo delincuencial
3. Medidas informativas que garanticen conocimientos imprescindibles sobre consecuencias y riesgos de uso de cada sustancia, así como la forma de administración más aconsejable desde el punto de vista higiénico-preventivo
4. Medidas que ejerzan un control coherente sobre la producción, comercialización y publicidad.

A partir de lo anterior podemos dibujar los rasgos básicos de una nueva política de drogas²⁰.

1. El objetivo del control social de las drogas no ha de ser impedir su consumo (tal fin es irreal e inalcanzable), sino la búsqueda de formas de gestión de las mismas que minimicen sus aspectos negativos y maximicen los positivos²¹. El énfasis del nuevo modelo de control social se ha de poner, por tanto, en la prevención de la demanda, despojada del lastre de una política oficial centrada en la represión que impide que los mensajes tengan fuerza de convicción en amplios sectores sociales y que puedan llegar con naturalidad a los consumidores de drogas. Además se ha de atender, sin perjuicios, a las necesidades asistenciales de los abusadores de las drogas. Solo una intervención preventiva basada en mensajes positivos y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito²².

²⁰ El modelo basado en estos principios que aquí proponemos toma como base las distintas propuestas que se han realizado desde el modelo de despenalización controlada. La propuesta suiza de Joset-Albrecht publicada en 1968, la Propuesta de Ley de regulación legal de todas las sustancias psicoactivas del Partido Radical Italiano, presentada en 1988, la propuesta de Frederichk Polar, citada por Joep OOMEN. «Hacia nuevas políticas de intervención en Europa», en *Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención*, Dykinson, 2006, y, fundamentalmente, el *Manifiesto por una nueva política sobre drogas de Málaga* de 1989. Véase este Manifiesto en *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Tirant lo Blanch, 1992 y las restantes propuestas en Diez Ripollés, «Tendencias político-criminales en materia de drogas», en *Política criminal y derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2003.

²¹ En este sentido se manifiesta la conclusión 15 del Seminario Interdisciplinar de Expertos sobre el consumo y el control de drogas organizado por la Fundación de Ciencias de la Salud y la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, en *Consumo y control de drogas: reflexiones desde la ética*, 2004.

²² BARATTA, A, «Introducción a una sociología de la droga», en *¿Legalizar las drogas?*, cit., p 67; DIEZ RIPOLLÉS, «El control penal del abuso de las drogas: una valoración político criminal», cit.; Bilbao/Corcuera/Iraurgi/González de Audikana, «Cannabis: aspectos problemáticos y estrategias preventivas en Euskadi», en *Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención*, cit.

2. El control jurídico del tráfico ha de volver a ser un control jurídico-administrativo, aplicando a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el control propio de los medicamentos²³. Con ello se garantizaría un estricto control de la producción y venta de sustancias que permitan obtener un determinado bienestar extraterapéutico, con especial atención a la calidad de las sustancias, sin que ello suponga cerrar el paso a que los ciudadanos adultos puedan lícitamente hacer uso responsable de tales sustancias.

3. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación, distinguiendo entre el cannabis y sus derivados y las restantes sustancias psicoactivas.

Para el cannabis y sus derivados podrían ser dispensados en lugares autorizados a mayores de edad y sin disminución psíquica. Se trataría de un sistema similar a las regulaciones actualmente vigentes para el tabaco y el alcohol. Se crearían lugares de consumo y se debería potenciar las asociaciones de consumidores para fomentar el consumo responsable y evitar un consumo problemático²⁴.

Para las otras sustancias la dispensación se haría en farmacias, sin receta, en dosis únicas, previa identificación personal y siempre que el adquirente sea mayor de edad y no padezca disminución psíquica. Quienes deseen consumir con mayor frecuencia y/o en mayores cantidades de las permitidas podrían pedir recetas para sus drogas a las instituciones médicas. Se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de tales sustancias, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo atención médica, sin que ello deba condicionarse a un tratamiento de deshabituación.

4. Estará prohibida la publicidad de estas sustancias y productos.

5. Establecimiento de un sistema de precios moderadamente desincentivador y exento de toda clase de ayudas o financiación pública²⁵. El precio de las sustancias no debe ser tan bajo como para estimular el consumo, ni tan alto que hiciera rentable el tráfico ilícito.

²³ Conclusión 17 del *Seminario Interdisciplinario de Expertos sobre el consumo y el control de drogas*, cit. En este sentido se han manifestado HUALDE, G, «Introducción», en *¿Legalizar las drogas? Criterios técnicos para el debate*, cit., p. 14.

²⁴ En este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, *Repensar las drogas. Hipótesis de la influencia de una política liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación*, Grup IGIÀ, 1989, p. 130.

²⁵ GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, *Repensar las ...*, cit., p. 132

6. Las infracciones a tales prescripciones sobre producción, distribución y venta serían sancionadas administrativamente. Las infracciones más graves del control administrativo deberían constituir delito cuando se trate de drogas que puedan ocasionar graves daños a la salud, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios, medicamentos y otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud, debiendo otorgar un trato más duro cuando la infracción se trate de estupefacientes y psicotrópicos que cuando se trate de medicamentos o alimentos²⁶.

7. También debería intervenir el Derecho penal frente al suministro de tales drogas a menores de edad o a personas carentes de capacidad de decisión autónoma²⁷.

8. Persistiría la prohibición de realizar determinadas actividades bajo la influencia de tales sustancias, dado los peligros que origina, debiendo reaccionar a la infracción de tales prohibiciones mediante sanciones administrativas o penales, según la entidad del riesgo creado.

El Código penal quedaría reducido a sancionar aspectos que quedaran fuera de la reglamentación administrativa y a sancionar comportamientos atentatorios a la libertad personal de los ciudadanos o que comporten abuso de las condiciones de seguridad que hacen posible el ejercicio de la libertad.

El germen de esta política alternativa a la actual política de drogas está ya presente, si bien de forma contradictoria, como ya hemos señalado, en las tendencias recientes en algunas legislaciones europeas orientadas a la despenalización del consumo y de la posesión de drogas, en cantidades limitadas, para el consumo y a la incorporación de programas de reducción de daños. La experiencia de estos países demuestra que para conseguir una auténtica despenalización del consumo es necesario ir más allá y pasar a la despenalización y control administrativo tanto de la producción como del tráfico.

IV. **Ventajas y posibles inconvenientes que presenta este modelo de despenalización controlada**

El modelo alternativo de control de las drogas que se propone no supondrá que los problemas que presentan las drogas en nuestra sociedad desaparezcan. Se trata de evitar una serie de fenómenos en torno

²⁶ En este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, *Repensar las...*, cit., p. 126.

²⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, «Aspectos de salud», en *¿Legalizar las...*, cit., p. 83.

a las drogas, que se han producido como consecuencia del modelo de represión penal que impera en la actualidad, y posibilitar cambios importantes de cara a los consumidores y a los grandes traficantes.

El control estatal sobre la producción y venta permitirá hacer frente, con posibilidades de éxito, a fenómenos que vienen ligados a una política represiva.

En relación a la salud de los consumidores, se evita el descontrol de la calidad de la sustancia y el desconocimiento de la calidad de la sustancia que se consume. Ello va a posibilitar la reducción drástica de muertes por sobredosis, de los daños asociados al consumo en situaciones de clandestinidad y sobre todo facilita una intervención asistencial de los consumidores en cuanto que se mejoran las condiciones personales, familiares y sociales de los consumidores. El consumo problemático disminuirá si existe la posibilidad de tener acceso a las drogas bajo condiciones más óptimas y el que persista deberá ser tratado como un problema sanitario o social por el personal médico o socio-sanitario.

Por lo que se refiere a la economía de las drogas, la política prohibicionista ha hecho que la droga se presente como un producto caro, dado los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido, lo que ha determinado la aparición de poderosas organizaciones criminales con un gran poder económico, que le permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las instituciones económicas, financieras y políticas. Además origina o agrava la marginación social de buena parte de los consumidores que no poseen los medios necesarios para conseguir la droga, lo que le obliga a realizar comportamientos antisociales o delictivos para satisfacer sus necesidades. Con la nueva política se produciría una notable disminución del poder de las organizaciones de traficantes, reduciéndose el volumen de tráfico ilícito y el margen de beneficio. Para la lucha contra el tráfico organizado, este modelo permite liberar gran parte de las energías policiales dedicadas a la represión del pequeño tráfico, permite la especialización y el uso de instrumentos precisos para neutralizar las implicaciones financieras de estos delitos y rompe el monopolio de estas organizaciones mafiosas. Y frente a los persistentes comportamientos ilícitos debería tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico. Por otro lado, se evita la marginación social de los consumidores y se potencia su integración social.

Por último, la desaparición o, al menos, la reducción notable de una parte de la delincuencia relacionada con las drogas conducirían a liberar recursos en el sistema judicial y en el sistema de ejecución de las

penas, que actualmente se encuentran desbordados por la criminalidad vinculada a las drogas²⁸.

Las objeciones teóricas más importantes que se han pronunciado frente a este nuevo modelo son las siguientes.

En primer lugar se aduce que la fácil accesibilidad y la buena imagen de las drogas contribuyen a incrementar el uso y el abuso de las drogas²⁹.

Este es un argumento que no puede constatare empíricamente, pues los datos que se han presentado son contradictorios y en cualquier caso son solo datos relativos a situaciones de liberalización referidas a una determinada droga y en una determinada situación histórica.

Los datos son contradictorios, sobre una misma situación de legalización de una droga se presentan datos contrarios. Así, Zaragoza Aguado³⁰ argumenta a favor de esta tesis que los tres supuestos de liberalización de drogas que se han dado históricamente han demostrado esta realidad de aumento del consumo. Cita la liberalización del opio en China en el siglo XIX, que «permitió que decenas de millones de ciudadanos chinos lo consumieran habitualmente, lo que motivó su posterior prohibición», la abolición en Estados Unidos de la Ley Seca «disparó extraordinariamente el consumo (hasta el 350%, según algunas fuentes)», y la venta legal de heroína en farmacias en Gran Bretaña «incrementó en proporciones geométricas el número de adictos». Sin embargo, para Escotado Espinoza³¹ «la legalización del opio en China redujo del 160% al 5% la tasa de incremento de las importaciones. El consumo siguió creciendo para alimentar la tolerancia creciente de los habituados antiguos, pero no en la proporción necesaria para reclutar nuevos adeptos». Cita el informe oficial del gobierno chino de 1906, cuando el opio llevaba legalizado treinta años, que cifra en unos 2.700.000 usuarios cotidianos del fármaco, lo cual equivale al 0,3% de

²⁸ Del conjunto de sentencias penales vistas por los tribunales españoles más de una de cada tres tienen vinculación con las drogas. Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, DIEZ RIPOLLÉS, *Las drogas en la delincuencia*, Tirant lo Blanch, 2004.

²⁹ Eusebio MEGÍAS, «El control de la oferta y del consumo de drogas», en *Consumo y control de drogas: reflexiones desde la ética*, cit.; ZARAGOZA AGUADO, «Penalización versus legalización: un conflicto permanente» en *¿Legalizar las drogas? Criterios técnicos para el debate*, cit., p. 157, afirma que «la libre disponibilidad de la droga produciría por las leyes económicas que rigen el mercado, un notable incremento del número de consumidores».

³⁰ ZARAGOZA AGUADO, «Penalización versus...», cit., p. 158.

³¹ ESCOTADO ESPINOZA, «Aspectos históricos e internacionales», en *¿Legalizar las drogas?*, cit., pp. 23-24.

la población total de entonces, porcentaje que compara con el dato de que entre los años treinta hasta los sesenta en Norteamérica (cuando los opiáceos se encuentran prohibidos), el mismo porcentaje de los americanos usaba regularmente su análogo moderno, los barbitúricos. Respecto al segundo supuesto histórico de la abolición de la Ley Seca en Estados Unidos, cita un informe del Congreso norteamericano que reconoce que tal ley no había reducido sustancialmente el consumo.

En mi opinión, no se puede afirmar con rotundidad que los consumos aumentarían, tampoco se puede afirmar lo contrario. Ninguna de las afirmaciones puede demostrarse empíricamente, entre otras cosas porque no se pueden comparar periodos históricos con prohibición y con legalización.

Por el contrario, sí disponemos de datos referidos a un determinado momento histórico en relación con una sustancia, el cannabis, donde es posible comparar los consumos entre países con prohibición del consumo y países con un consumo controlado y permitido. Resulta acreditado que una mayor tolerancia del consumo de cannabis en algunos países europeos no ha tenido la consecuencia de una mayor prevalencia de su consumo. El Informe Anual de 2010 del Observatorio Europeo de Drogas y Toxicomanías muestra cómo entre los países de la Unión Europea y Noruega el índice de prevalencia del consumo de cannabis más altos entre la población adulta, los jóvenes adultos y los jóvenes se encuentra en países como Reino Unido, Italia, República Checa, Francia o España, países con prohibición del consumo, mientras que los Países Bajos, donde se ha producido una discriminación *de facto*, aunque no de derecho, el índice de prevalencia del consumo de esta sustancia es sensiblemente más bajo³².

Por otro lado, en nuestro país la reforma del Código penal de 1983, que consagró la despenalización del consumo y de la posesión con fines de consumo personal, no motivó un aumento del uso de drogas, mientras que la Reforma de 1992, que supuso un endurecimiento de la legislación sobre drogas y que sanciona por primera vez el consumo en España, no ha venido acompañada de una disminución del consumo de estas sustancias.

En cualquier caso, esta tesis de que la liberalización del consumo supondría un aumento del consumo entre la población parte de una premisa inaceptable, la irresponsabilidad de las personas humanas. Se

³² GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, *Repensar las drogas*, cit., p. 133, afirman que le experiencia de despenalización del consumo del cannabis en algunos estados norteamericanos o en Holanda indican que el nivel del consumo de derivados del cannabis no solo no ha aumentado sino que ha disminuido.

parte de aceptar que la mayoría de la gente que no consume drogas ilegales lo hace así por el hecho de que es una sustancia prohibida³³. No es un análisis realista y global si se pretende reducir el mayor o menor consumo de las drogas solo a la variable de su prohibición o normalización, son otros muchos factores psico-sociales los que determinarían un mayor o menor consumo de estas sustancias entre una determinada población.

Aun admitiendo que con la despenalización controlada de las drogas se produjera un aumento del consumo, nadie duda de que en esa nueva situación se podría actuar muchísimo mejor sobre los consumos problemáticos y evitar que un consumo se convirtiera en problemático.

Una segunda objeción que se plantea sobre la política de despenalización controlada es que esta política solo sería eficaz si se realiza a nivel internacional. No le falta razón a este planteamiento, la dimensión internacional es básica para la efectividad de esta propuesta, pero ello no puede ser usado como argumento a nivel nacional para cerrar cualquier debate sobre la política de drogas y que esos mismos estados a nivel internacional no denuncien los actuales tratados internacionales sobre drogas, fuertemente enraizados en el modelo represivo, que son instrumentos caducos, plagados de incoherencias y alejados de la realidad.

Por último, se alude a la incredulidad en que el Estado pueda controlar la distribución de estas drogas.

Llama la atención que se muestre una confianza ciega en que el Estado puede acabar con el problema de las drogas utilizando mecanismos represivos, después de más de veinte años sin que se hayan producido avances en la reducción del tráfico y el consumo de drogas, y se desconfíe en la eficacia de otros mecanismos menos dañinos desde el punto de vista social y más próximos a la realidad de las drogas.

³³ En este sentido se manifestaron GÓMEZ ZORRILLA, «Drogas y perspectiva prohibicionista», en *¿Legalizar las drogas?*, cit., p. 179 y GONZÁLEZ NAVARRO, «Aspectos de salud», cit., p. 82.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTITZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAHIA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Deusto

Publicaciones